



Isabel María Nicasio Jaramillo

La crisis del título ejecutivo en un contexto de ejecuciones hipotecarias masivas frente a consumidores

Sevilla, 2017

Tesis Doctoral

Dir.: Dr. Francisco Javier Infante Ruiz

Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

ÍNDICE

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA	9
1.1 La crisis del procedimiento de ejecución hipotecaria	9
1.2. El cuestionario judicial del procedimiento de ejecución hipotecaria	20
1.3. Situación actual, justificación del trabajo	34
1.4. Apéndice: contextualización en Derecho comparado	37
CAPÍTULO 2. NOTAS PRELIMINARES SOBRE EL DERECHO REAL DE LA HIPOTECA SIGNIFICADO Y FUNCIÓN	49
2.1 La hipoteca. Significado y concepto	49
2.1.1. Concepto de hipoteca	52
2.1.2. Los derechos reales de garantía	57
2.2. La discusión de la naturaleza real de la hipoteca	68
2.2.1. La hipoteca es un derecho real. Sus caracteres	76
2.2.1.1. La intermediación e inherencia del derecho real de hipoteca	77
2.2.1.2. La oponibilidad <i>erga omnes</i> de la hipoteca. La inscripción constitutiva	85
CAPÍTULO 3. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA	94
3.1. Significación del procedimiento.	94
3.2. La pretensión hipotecaria. El <i>ius distraendi</i>	102
3.3 El procedimiento de ejecución hipotecaria como proceso de ejecución especial	108
3.4. Principios del procedimiento de ejecución hipotecaria.	123
3.4.1. El principio de celeridad	123
3.4.2. El principio de contradicción	132
3.4.3. El principio de contradicción: el principio de audiencia	145
3.4.4. El carácter registral del procedimiento	166
3.5. Conclusión: la vuelta al significado del procedimiento; la doctrina de la causa en hipoteca	179
CAPÍTULO 4. EL DERECHO DE CONSUMO EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA	184
4.1. Las condiciones generales de la contratación como modo de contratación diferenciado	184

4.2. Desarrollo jurisprudencial de la contratación a través de condiciones generales	195
4.3. Control abstracto y control concreto de las condiciones generales de la contratación en los contratos celebrados con consumidores. El modelo español	204
4.4. Del control de inclusión al control de transparencia	231
4.5. El control de contenido: el desequilibrio de los derechos y deberes de las partes y la buena fe	244
4.5.1. La cláusula general	246
4.6. Los efectos de la declaración de abusividad: la nulidad parcial del control	253
4.7. Los efectos limitados de la nulidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo	261
4.8. Estado actual del procedimiento de ejecución hipotecaria en relación a la existencia de cláusulas abusivas	282
4.8.1. El control de oficio	283
4.8.2. El principio de contradicción	286
4.8.3. Los límites del control judicial de oficio	289
4.8.3.1. Límites objetivos	289
4.8.3.2. Límites subjetivos	297
4.8.3.3. Límites procesales: la cláusula de venta anticipada	301
 CAPÍTULO 5. DE LOS CONTROLES PREVENTIVOS “DIFUSOS” (NOTARIAL Y REGISTRAL) A UN CONTROL REMEDIO JUDICIAL	 304
5.1. El control notarial de la legalidad del título	304
5.1.1 La caracterización del notariado español	305
5.1.2. El control de legalidad del contrato por los notarios	310
5.1.3. La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008	317
5.1.4. La función notarial como instrumento de seguridad preventiva en la contratación con consumidores	325
5.1.5. La función notarial de asesoramiento y el control de transparencia	332
5.2. El control registral de la legalidad del título	341
5.2.1 Caracteres del sistema registral español	342
5.2.2. La calificación registral	352
5.2.3. La calificación registral de los contratos de garantía hipotecaria celebrados con consumidores y usuarios	357
5.2.4. Posiciones críticas frente a la actuación preventiva de la calificación registral	380
5.3. El control-remedio judicial: ¿es la vía más idónea?	384
5.4. <i>Excursus</i> : Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.	387
 CONCLUSIONES	 395

BIBLIOGRAFÍA	408
RESOLUCIONES CITADAS	433

Capítulo 1

INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

1.1. La crisis del procedimiento de ejecución hipotecaria

En los últimos años es manifiesto el interés retomado en analizar la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles y el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, tan denostado como defendido, pero en todo caso, de amplia tradición procesal en nuestro ordenamiento jurídico. Un intento de aproximación a la misma problemática requiere una justificación de sus causas que no es sino la justificación del propio estudio y de las soluciones que queremos finalmente aportar al entusiasmado debate sobre la materia.

El recurrir para analizar la actualidad de la ejecución hipotecaria sobre inmuebles a la crisis económica es un lugar común, aun cuando no por ello esquivable. Es cierto que la multiplicación de los procedimientos y la evidencia descarnada de los efectos del procedimiento de ejecución sobre el deudor vulnerable, sobre el Derecho constitucional a la vivienda o sobre la ineficacia de los mecanismos preventivos pero también judiciales, de protección de los consumidores y usuarios, especialmente en el ámbito de la contratación bancaria, nos golpeó a juristas y aplicadores del Derecho con tal virulencia que volvieron a replantearse cuestiones silenciadas o asumidas durante los años de alegría económica. Frente a la asunción de la corrección procedimental, nuevamente la sombra de su inconstitucionalidad; frente al mantra del principio de la autonomía de la voluntad y la vinculación al consentimiento otorgado, la necesidad de afrontar una actitud positiva en el control de las cláusulas abusivas que han impregnado los créditos y préstamos garantizados con la hipoteca; frente al sacrosanto principio de la responsabilidad universal por deudas, el debate sobre la dación en pago;

frente al valor contractual del precio de tasación de la finca, la tesis del enriquecimiento sin causa. Y así podríamos seguir, enlazando los distintos hilos de este debate legal y procesal que es un debate sobre la justicia del procedimiento de ejecución directa hipotecaria.

Pero la situación actual del procedimiento de ejecución hipotecaria¹ no puede únicamente explicarse desde el incremento de las ejecuciones hipotecarias en los juzgados o desde la crudeza de los efectos sobre las economías más desfavorecidas y castigadas por la crisis económica. Existe como trasunto de esta situación un cambio en la fisonomía de los protagonistas del contrato de garantía hipotecaria que ha trascendido al propio concepto de la garantía.

La hipoteca, como derecho real de garantía, ha sido concebida como un mecanismo protector del acreedor, el más potente, no sólo desde el punto de vista de la preferencia frente a otros acreedores, sino especialmente por la vinculación del bien al cumplimiento de la obligación, con lo que la suficiencia de la garantía se convierte en elemento primordial para la celebración del contrato².

La hipoteca adquiere tanta significación en la operación de concesión del préstamo o crédito garantizado que, pese a su accesoriedad, se concibe

¹ Nos vamos a referir con esta denominación genérica al procedimiento de ejecución hipotecaria sobre bienes inmuebles, por ser el más significativo en el ámbito en que centramos nuestro estudio, así como sin duda numéricamente.

² Para ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. (1986), *Curso de derechos reales, Tomo I*, Edit. Civitas, Madrid, p. 137, la hipoteca supone “la afectación de un bien inmueble en garantía de un crédito para la realización pública de su valor en caso de incumplimiento”; FERNÁNDEZ VILELLA, J. (1969), *Introducción al estudio de los derechos reales de garantía*, Anuario de Derecho Civil, p.48: “el resultado del derecho de garantía consiste en ponerle a salvo de los peligros que todo derecho relativo lleva consigo. En primer lugar, porque le permite prescindir de la mediación personal del deudor para la satisfacción del crédito. El acreedor ya no se limita a esperar la prestación, sino que cuenta con la seguridad de la ejecución, que puede obtener por acto propio. En segundo lugar, porque las facultades de persecución y de preferencia le ponen a salvo de aquel peligro de desaparición o, mejor dicho, de salida de los bienes del patrimonio del deudor. Estas facultades le permiten ejercitar su derecho *erga omnes*”; GUILARTE ZAPATERO, V. (2004), “Artículos 1822 a 1886 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Albadalejo (dir), EDESA, Madrid; DÍAZ FRAILE, J. (2000), *Ejecución sobre bienes hipotecados*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, p. 44, la hipoteca “asegura el cumplimiento y la satisfacción forzosa de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de llevar a cabo la realización del valor, enajenando los bienes y percibiendo su precio, a través del procedimiento legalmente establecido y cualquiera que sea en tal momento el poseedor o propietario de los mismos”; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J. (2015), *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, Madrid, p. 646, “Se trata de una *afécción cualitativa especial* de determinados bienes del deudor (o de un tercero) a la satisfacción de una deuda”.

como el elemento principal del contrato incluso en el lenguaje coloquial, en una asimilación mental entre la operación crediticia y su garantía³. Sin embargo a partir de la Ley de Mercado de Valores, Ley 2/1981 de 25 de marzo, y posteriormente de la Ley 19/92 de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria, así como del RD 926/1998 de 14 de mayo por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización⁴ (como primeros y principales hitos legislativos en la materia), la hipoteca pasa a concebirse asimismo como una fuente de financiación de la propia entidad bancaria a través de la titulización o movilización de las operaciones garantizadas con hipoteca. Con ello se concibe la hipoteca como mecanismo de obtención de financiación de las entidades crediticias en el mercado secundario, a través de su consideración como títulos que pueden ser vendidos o utilizados para la obtención de anticipos, que a su vez posibilitan la obtención de líquido a las entidades financieras para la financiación.

No nos encontramos sino ante el propio funcionamiento del mercado hipotecario, que el profesor LASARTE explica con notoria claridad:

“Al conseguir créditos hipotecarios ordinarios (esto es, al conceder préstamos para la adquisición de viviendas con garantía hipotecaria), cualquier entidad financiera modifica los elementos de su activo: sale dinero en efectivo y se incrementa la cartera de créditos hipotecarios.

³ Adquiere así singular importancia para el deudor la tasación de la finca, al margen del propio concepto del valor de tasación o de las singularidades de la ejecución. Lo analiza ESTEBAN HANZA-NAVARRO, E.: “En principio, el deudor que asume una obligación confiado en la tasación efectuada por encargo de la entidad acreedora puede contemplar un riesgo para su patrimonio restante equivalente a la diferencia entre el valor de tasación y el capital recibido, más los intereses devengados e impagados; y si, además, resulta exigible en este caso que el capital no deba superar un determinado porcentaje del valor de tasación –por ejemplo el 80% del valor tasado para la vivienda – el deudor puede tener una razonable expectativa de que el valor del bien resulta suficiente para atender su deuda. Pero el principio de responsabilidad patrimonial universal que el artículo 1911 del Código Civil establece como efecto ineludible de toda obligación, implica que una tasación incorrectamente realizada en su día está comprometiendo seriamente el resto del patrimonio del deudor” ESTEBAN-HANZA NAVARRO, E. (2014), “El significado e importancia del valor de tasación en la ejecución hipotecaria”, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*. Valencia, Tirant lo Blanch, p. 681.

⁴ El Real Decreto 926/1998 de 14 de mayo tiene su causa en la habilitación normativa contenida en la disposición adicional quinta de la Ley 3/1994 de 14 de abril, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero. La regulación de la titulización ha sido objeto de modificación por la Ley 5/2015 de 27 de abril, de fomento de la función empresarial.

El cobro de tales créditos se encuentra particularmente asegurado por la correspondiente garantía real hipotecaria. Sin embargo, como sabemos, la relación hipotecaria suele establecerse a largo plazo (de 5 a 20 años, por lo general) y, en consecuencia, las entidades financieras –incluso ellas– pueden llegar a tener dificultades de disponible o de liquidez para seguir concediendo préstamos por muy garantizados que estén.

Para evitar semejante eventualidad y partiendo de la base de la seguridad del cobro que proporciona la hipoteca, la entidad financiera acude a una refinanciación; emite unos títulos que se ofrecen al público en general, para que inversores y pequeños ahorradores puedan suscribirlos. Naturalmente, la entidad emisora garantiza la devolución del capital invertido, junto con los correspondientes intereses (que suelen oscilar en torno al 2,5 por 100); dicha garantía (además de la solvencia de la propia entidad emisora y de los mecanismos generales de protección del crédito) se consigue afectando la cartera de créditos hipotecarios propios de la entidad al pago (o amortización) de los títulos hipotecarios”⁵.

⁵ LASARTE, C. (2008), *Derechos reales y derecho hipotecario. Principios de derecho civil V*. Madrid, Marcial Pons, p. 105.

Para TAPIA HERMIDA, el fenómeno de la titulización “también denominada “securitización”, es un proceso financiero complejo en el que varios sujetos desarrollan actuaciones sucesivas u coordinadas con una finalidad común, consistente en actualizar créditos de vencimiento futuro mediante sucesión onerosa a una persona jurídica o fondo carente de personalidad (denominado *Special Purpose Vehicle* o SPV) y su fraccionamiento e incorporación a valores negociables. Desde el punto de vista financiero, se ha descrito la titulización como un mecanismo del que pueden valerse las empresas –sean o no entidades de crédito– para obtener financiación ajena mediante la emisión de valores, segregando de su patrimonio un número determinado de activos con cuyos rendimientos se atenderá el servicio financiero de los valores emitidos, constituyendo a su vez dichos activos la garantía básica del cumplimiento de las obligaciones de pago asumidas. Desde el punto de vista jurídico, hemos definido la titulización como el proceso en virtud del cual un sujeto (acreedor originario) que ostenta una posición jurídica acreedora –actual o potencial– respecto de otros u otros sujetos (deudores) que deben hacer frente al pago de su deuda en uno o varios momentos futuros; cede (cedente) aquel derecho de crédito de manera onerosa mediante una compraventa a otro sujeto, con personalidad jurídica o sin ella, pero dotado, en todo caso, de autonomía patrimonial (cesionario), quien integra aquel crédito en su patrimonio y emite valores negociables con la garantía del derecho o derechos de crédito cedidos, valores que serán adquiridos por inversores, preferentemente institucionales”, TAPIA HERMIDA, AJ (2008), “Instituciones financieras para la mejora del mercado inmobiliario: los fondos de titulización (en particular, los fondos de titulización hipotecaria) y las instituciones de inversión colectiva inmobiliarias (en particular, los fondos de inversión inmobiliaria)”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores n° 3*, Editorial La Ley, pp 2-3. Susana BLANCO y María José BAQUERO citando a Freixas y Valero definen la titulización como el proceso mediante el cual, activos del balance de una entidad pueden ser, generalmente previa agregación y modificación de algunas de sus características, vendidos en todo o en parte a los inversores

Sin embargo, el mecanismo de la titulización de las hipotecas trastoca el concepto tradicional de la misma. De un lado el deudor hipotecario se incardina en el propio engranaje financiero y se considera una pieza del mismo, pero desvinculándose ya la operación de las propias características y necesidades de financiación del deudor, por cuanto la entidad prestamista persigue y obtiene una finalidad distinta, a su vez, de financiación con la concesión del préstamo. De otro, el aumento o incremento de necesidades de financiación por la propia entidad crediticia relaja los controles previos de solvencia y cobertura real de la operación con base a la suficiencia de la garantía, afectando sobremanera a la responsabilidad en la concesión del crédito hipotecario⁶.

en forma de título o valores negociables. Para dichas autoras “la titulización financiera no es simplemente una innovación más dentro del ámbito de la llamada “ingeniería financiera” para generar nuevos productos financieros, es un mecanismo de desintermediación financiera que transforma el activo original en instrumentos financieros que de manera total o parcial permiten transferirlos a terceros” BLANCO GARCÍA, S, BAQUERO LÓPEZ, MJ (2006), *La titulización de activos en España*, Universidad Complutense de Madrid, p 36.

Para Gregorio ARRANZ “La titulización es fundamentalmente un proceso de transformación de activos, mediante el cual los que figuran en el balance de una entidad generan títulos homogéneos, que incorporan un derecho de crédito respaldado exclusivamente por los activos transformados”, ARRANZ PUMAR, G (2009), *El mercado hipotecario español. Los títulos del mercado hipotecario*, Documento de trabajo 1, año 2009, CUNEF, Madrid, disponible on line.

Fernando LACABA SÁNCHEZ, por su parte, en un estudio sobre la controversia de la titulización en el derecho hipotecario, es especial respecto de la legitimación ad causam de la entidad cedente, también aventura una definición del fenómeno como “proceso mediante el cual derechos de créditos, actuales o futuros, de una entidad son agregados y tras la modificación de algunas de sus características, vendidos a inversores en forma de valores negociables. La finalidad de la “titulización” es la transformación de activos financieros, en principio de escasa liquidez, en instrumentos aptos para su negociación, líquidos y con finalidad de ser retribuidos de una forma determinada”. Explica el autor que el proceso de titulización de activos no se concibe únicamente como un mecanismo de financiación de las entidades cedentes, sino también como minoración o diversificación del riesgo a través de la estratificación del mismo mediante la contratación de derivados que permiten cubrir y transferir el mismo. Existe una modalidad tradicional de titulización a través de la venta o cesión de activos a la sociedad vehículo, reservándose el cedente una parte de los riesgos y beneficios de la titulización, en tanto una segunda modalidad, llamada sintética, atiende más a la transferencia del riesgo, no siendo necesario que se realice una emisión de valores. El modelo español se ajustaría mayoritariamente a la primera de las modalidades expuestas. LACABA SÁNCHEZ, F. (2016), “La titulización del crédito hipotecario. Nueva controversia en nuestro derecho hipotecario”, *Revista de Derecho vLex*, n° 144.

⁶ Con duras palabras lo explica VALLE MUÑOZ: “Debemos de partir de la idea de que la hipoteca no es un producto financiero creado en despachos de especialistas bursátiles que buscan una rentabilidad especulativa, sino una figura que proviene del Derecho romano, con más de dos mil años de antigüedad. Sólo por eso ya es una figura que merece respeto. Otra cuestión es que la hipoteca haya servido de soporte para la creación de sofisticados productos financieros, imposibles de comprender para los inversores y difícilmente calificables por las “agencias de riesgos”. Estos productos, cuya confianza se basaba en un historial de solvencia muy breve y, sobre todo, en una buena consideración crediticia por parte de las agencias de calificación, han invertido el movimiento normal del mercado hipotecario. Si generalmente la hipoteca era un producto que el cliente tenía que implorar, con la explosión de la titulación en el mercado secundario, van ser las entidades de crédito quienes van a salir a la calle buscando nuevos clientes con un producto que les representa grandes ventajas, pues es de inmediata colocación en dicho mercado secundario, lo que permite una rápida recuperación de la inversión, fideliza las carteras de clientes durante largo tiempo, permite colocar productos asociados (seguros, tarjetas,

La corresponsabilidad en la situación del deudor hipotecario de las propias entidades crediticias se señala por el Defensor del Pueblo en su informe de 25 de enero de 2012:

“La concesión irresponsable de créditos hipotecarios se ha visto incentivada por la facilidad con que pueden ser empaquetados o utilizados como referencia de emisiones en el mercado hipotecario. La titulización de préstamos hipotecarios ha sido una de las principales fuentes de financiación de la banca española. Se daban hipotecas para crear títulos que podían ser vendidos en el mercado o ser utilizados como garantía para obtener anticipos en el mercado interbancario”⁷.

Si en la panorámica actual de la ejecución hipotecaria es relevante esta nueva finalidad para la que se ha utilizado también la concesión de la garantía hipotecaria, no lo es menos la posición los distintos intervinientes del contrato, con clara quiebra del principio de igualdad entre los mismos. En la fase previa al contrato se caracteriza la contratación por una manifiesta asimetría en materia de información y comprensión del funcionamiento del negocio financiero, y de ciertos instrumentos introducidos en la contratación

planes de jubilación, etc.) y se convierte en el mejor instrumento financiero de penetración en nuevos mercados, lo cual tuvo una especial relevancia en un momento de expansión por todo el territorio de las entidades crediticias, especialmente las cajas de ahorro. En esta competencia entre entidades fallaron tanto el control de la solvencia de los clientes, como la valoración de los activos o la calidad de la información”. VALLE MUÑOZ, J.L. (2014), “¿Qué hay de malo en nuestra hipoteca?”, *Revista Teoría y Derecho*, nº 16, *Hipoteca y Vivienda*, Tirant lo Blanch, p. 100.

⁷ Informe del Defensor del Pueblo de 21 de enero de 2012 «Crisis económicas y deudores hipotecarios. Actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo», p. 16, disponible on line. Para el mencionado informe la titulización de las hipotecas permite el acceso a la financiación de las entidades crediticias sin aumento de los fondos propios y ha propiciado la incitación a la asunción de riesgos por los prestatario, de las que el informe entiende debe derivarse la corresponsabilidad en la situación de los citados prestatarios tras la crisis financiera: “Debido a la normativa que obliga a las entidades de crédito a disponer de unos fondos para garantizar los créditos concedidos, la banca busca mecanismos que le permitan ampliar el número de créditos concedidos sin incrementar esos fondos. El más utilizado ha sido el denominado “titulización hipotecaria” que ha permitido empaquetar los créditos ya concedidos para revenderlos en los mercados, sustrayéndolos así del balance de la entidad», *Op. Cit.* pp. 19-20; y más adelante: «la banca ha podido tener parte de responsabilidad, facilitando el crédito, pero el principal responsable es el cliente que toma la decisión de adquirir una vivienda por encima de sus posibilidades. Es un planteamiento que pone en un mismo plano al consumidor usuario del préstamo hipotecario y al profesional del mercado hipotecario. Pero quien conoce el mercado y sus riesgos es el profesional. El crédito hipotecario constituye la principal fuente de ganancias de la banca española, que diseña los productos y los comercializa a través de campañas publicitarias. Es también la banca quien predispone el contenido de las escrituras hipotecarias. Es la banca quien debe evaluar la capacidad de endeudamiento del cliente y abstenerse de ofrecer préstamos por encima de la capacidad de reembolso. Las normas prudenciales y las buenas prácticas bancarias imponen estas conductas, ahora reforzadas por las previsiones sobre crédito responsable de la Ley de Economía Sostenible», p. 96.

(swaps, cláusulas suelo-techo, sistemas de amortización de intereses, etc.). En el momento de la contratación la negociación se instrumenta a través de clausulados generales y predispuestos por las entidades financieras, cláusulas además generalizadas entre las mismas, sin que la propia competencia entre entidades haya servido para depurar los textos, de forma que el prestatario limita sus posibilidades de negociación a los elementos esenciales referidos al interés de aplicación y plazo, fundamentalmente. Y en el momento de la ejecución, a través de la instrumentación de un procedimiento especial de ejecución directa que se define como una auténtica vía de apremio y que merma notoriamente las posibilidades no sólo de alegación y defensa del prestatario sino de reacción contra la ejecución del inmueble y la valoración del mismo en orden a la extinción de la deuda⁸.

Sobre el primero de los prismas de este complejo poliedro, la posición asimétrica de las partes en la contratación evidencia que la regulación tradicional sobre el deber de información y las cargas informativas de las partes en el contrato es insuficiente en orden a asegurar el equilibrio contractual de los contratantes⁹. La normativa sectorial bancaria ha ido desarrollando una amplia regulación de la información contractual que debe

⁸ Desde la Sentencia nº 41/1981 de 18 de diciembre (ROJ: STC 41/1981) la jurisprudencia constitucional ha caracterizado de auténtica vía de apremio al procedimiento de ejecución hipotecaria: “En procedimiento de ejecución hipotecaria, se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión. Hay que reconocer, con la doctrina, que en el procedimiento debatido falta la controversia entre las partes. En puridad, es un proceso de ejecución. Más en concreto, es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición. Tal estructura resulta lógica a partir de la naturaleza del título. La garantía del crédito hipotecario consiste en la sujeción del valor de la finca hipotecada, que es simplemente potencial, porque la realización del valor sólo puede producirse si se da la *conditio iuris* de que se incumpla la obligación asegurada. Producida tal *conditio iuris*, la sujeción potencial se actualiza y el valor se realiza. El procedimiento es una vía de apremio, en que el juez realice un derecho del acreedor, que éste no puede realizar por sí sólo porque se lo impide el principio de la paz jurídica.” Caracterización que continuará en el auto nº 113/2011 de 19 de julio, (BOE 17 de agosto de 2011), que inadmitía a trámite la cuestión de inconstitucional planteada por el Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Sabadell.

⁹ En el concepto clásico del contrato no existe un deber de información precontractual impuesto a ninguno de los contratantes, debiendo cada parte procurarse la información adecuada en orden a la negociación y el consentimiento prestado. Las clásicas figuras del error consensual o del dolo contractual vienen a solventar a posteriori, defectos en la formación del consentimiento contractual. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2004), *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Navarra, p. 27, explica que “En la dogmática tradicional del contrato, las caras informativas de las partes –el deber de informar y el deber de informarse –se distribuyen equitativamente conforme al deber de cooperación y de lealtad que la buena fe exige en la formación del contrato. Ninguna de las dos partes asume “a priori” una posición de garante en el conocimiento de los aspectos esenciales del contrato respecto de la otra, sino que el deber de información de cada una de ellas ha de ponerse en relación con la diligencia exigible a la otra en el correcto conocimiento de la realidad, en el caso del error, o con una apariencia externa irreal que hace ilícito el silencio, en el caso del dolo omisivo”.

suministrar la entidad financiera al adherente, pretendiendo mayor transparencia e información, normativa que se ha demostrado insuficiente para que el prestatario o cliente conozca y comprenda el sentido real, jurídico y económico del pacto concreto que asume, probablemente por la sobreabundancia de datos frente a la estandarización también de la información¹⁰; y que finalmente no ha plasmado en una obligación contractual de información general de la entidad bancaria como consecuencia de dicha asimetría normativa¹¹.

De otro lado, es notorio que la contratación bancaria y financiera se instrumenta de forma habitual a través de condiciones generales de la contratación y contratos de adhesión, donde al control de la información precontractual se añade la imposición del clausulado del contrato al cliente bancario. Como decíamos anteriormente, la competencia entre las entidades financieras, la falta de monopolio, no ha generado la propia purga del mercado de aquellas cláusulas oscuras, desproporcionadas, abusivas incluidas en el

¹⁰ Se trata de información muy detallada que las entidades de crédito han de proporcionar a los clientes, como las Fichas de Información Precontractual (FIPRE) introducida por el art. 21 de la Orden EHA/2899/2011 relativa a la oferta de los préstamos y financiación que se ofertan por la entidad crediticia; la Ficha de Información Personalizada (FIPER), de acuerdo con el art. 22 de la mencionada Orden, ajustada a la demanda concreta del cliente; la Oferta Vinculante que regula el art. 23 de la Orden, cuando ya ha mostrado el cliente su voluntad de contratar un determinado producto financiero, y verificada la tasación del inmueble y estudio sobre la solvencia del cliente, con un plazo de vigencia de 14 días naturales; o informaciones sobre otros mecanismos de cobertura adicional del riesgo derivado del tipo de interés a que se refiere el art. 19 de la Ley. Un estudio detallado sobre tales obligaciones de información precontractual y otras para supuestos concretos de hipoteca, se encuentra en CARRASCO PERERA A., CODERO LOBATO E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., *op. cit.*, pp. 701-710. Para PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.* p. 30, se trata de una auténtico “set de obligaciones y deberes informativos de contenido positivo”, que tienen que plasmarse en el mismo documento contractual de una forma más o menos destacada, pues en un contexto en que ha desaparecido la negociación, la plasmación documental de las cláusulas se convierte, junto con la publicidad, en la principal fuente de información sobre el contenido del contrato de que dispone el cliente. Surge así un “neoformalismo” contractual que sustituye el ropaje voluntarista o subjetivo propio de los vicios del consentimiento, por un objetivismo formal: las consecuencias jurídicas de la falta de información se vinculan a un incumplimiento formal, sin que sea necesario probar una voluntad viciada”.

¹¹ Hitos de esta normativa sectorial lo constituyen entre otros la Ley 26/1988 de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que sienta las bases de la legislación posterior de la clientela activa y pasiva bancaria; la Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que regula el crédito responsable; la Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que sustituyó la Orden de 12 de diciembre de 1989 sobre tipo de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de Crédito y a la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios; la Circular del Banco de España 5/2012 de 27 de junio a entidades de crédito y proveedores de servicios de pagos, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos; la Orden EHA/1608/2010 de 14 de junio sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago; la Orden EHA/1718/2010 de 11 de junio de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios; o la Ley 10/2014 de 26 de junio de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que deroga la citada Ley 26/88.

clausulado, sino por el contrario, la generalidad de su inclusión en los contratos tipos creados por las citadas entidades. Ante ello, la única posibilidad de comparar y elegir finalmente entre los elementos básicos o esenciales del contrato (precio, duración...) produce la sensación en el cliente bancario de lo infructuoso de la lucha contra dicho clausulado, de la imposibilidad de su negociación con la entidad bancaria, y por consiguiente, el apartamiento mental del mismo en el propio contenido del consentimiento contractual.

Ante el cliente bancario consumidor, los mecanismos de control y protección que deberían haber intervenido han fallado en su función preventiva, accediendo al Registro de la Propiedad, al tráfico jurídico y ante el incumplimiento contractual, a la ejecución judicial, cláusulas contractuales oscuras, no transparentes o abusivas, que han multiplicado los efectos negativos de la crisis en el consumidor. Intereses moratorios que han llegado a alcanzar porcentajes absolutamente inaceptables, como el 29%; cláusulas suelo cercanas al tipo de interés fijo comercializado en la fecha de la contratación y enmascaradas en un contrato de interés variable; valor de tasación vinculado al quantum de la garantía y desvinculado del valor real del inmueble; cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones accesorias; imposición de garantías suplementarias al prestatario, entre otras.

A ello sin duda ha contribuido la reforma de la Ley 2/1981 por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, de reforma del mercado hipotecario. Bajo el axioma de la uniformidad en la regulación de los requisitos relativos a la inscripción de la hipoteca, la reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, y a partir de ella, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, supuso una merma de la función preventiva registral respecto de ciertas cláusulas que accederían al Registro de la Propiedad por lo que se denominó “mera transcripción”, esto es, al margen de la función calificadora del Registrador. El control de la legalidad que conlleva la función calificadora del Registrador se cercena, quedando fuera del mismo todas las cláusulas carente

de “trascendencia real”, contribuyendo la doctrina restrictiva de la DGRN desde su Resolución de 21 de diciembre de 2007, al acceso al Registro de la Propiedad de este tipo de cláusulas¹².

Más allá del contenido y concepto de la publicidad registral, la inclusión de estas cláusulas en el asiento correspondiente, ha permitido la liquidación del saldo deudor y la ejecución directa con base en las mismas.

El cierre final del círculo lo ha generado el procedimiento de ejecución hipotecaria. Concebido por el Tribunal Constitucional como un procedimiento de apremio en que las causas de oposición están diferidas en el tiempo al declarativo ulterior, a salvo las escasas posibilidades de reacción frente al mismo del deudor hipotecario que ofrecía el artículo 695 de la LEC antes de la reforma efectuada por la Ley 1/13 de 14 de mayo, la defensa procesal del deudor hipotecario es prácticamente nula y no impide, de facto, la subasta y pérdida del inmueble dado en garantía.

La multiplicación del importe de la deuda (intereses de demora, vencimiento anticipado del plazo, costes y gastos del procedimiento) y la insuficiencia de la subasta judicial para conseguir un precio suficiente y adecuado del bien hipotecado, contribuían a que la deuda subsistiera en una importante medida tras el procedimiento de ejecución hipotecaria, entrando en funcionamiento el artículo 579 de la LEC, y la continuación del procedimiento de ejecución, esta vez ordinaria, cuando el deudor hipotecario se había visto privado del bien dado en garantía. Cuando el acreedor se adjudicaba el bien por falta de postores en la subasta, por una cantidad muy inferior a la que constituía su reclamación, se producía la paradoja de recibir

¹² Sin perjuicio de un análisis detallado posterior, a efectos introductorios, para Laura ZUMAQUERO GIL, “Se trata de una limitación en toda regla del juego del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que debe resolverse mediante una interpretación integrada de las normas que componen nuestro Ordenamiento Jurídico”, ZUMAQUERO GIL, L (2016), “El tratamiento registral de las cláusulas de vencimiento anticipado en la Hipoteca”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 745, p.39. Para MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2013), “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 27, p. 227: “Lo grave de la doctrina de esta resolución, y de las que la siguieron en el mismo sentido, es que ignora: 1) que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho con las consecuencias de este tipo de ineficacia y 2) que las normas de protección de los consumidores son también de estricta observancia. La resolución ignoró también de manera sorprendente los consumidores también de estricta observancia. La resolución ignoró también de manera sorprendente la función calificadora del registrador”.

el acreedor el bien que en su día se estimó suficiente para garantizar la deuda, persistiendo una parte sustancial del débito contra el resto del patrimonio del deudor.

Seguramente no ha sido destacado suficientemente el impacto que en la situación de crisis actual del procedimiento de ejecución hipotecaria ha tenido y tiene el artículo 579 de la LEC. No se trata de desconocer que nuestro sistema hipotecario no consagra la extinción de la deuda por la ejecución de la garantía, ni de introducir en este estudio el debate social y político sobre la dación en pago. Pero se ha de advertir que la voracidad económica de las entidades crediticias ha tenido un notable respaldo en el mencionado precepto, tras la adjudicación de la finca a la propia entidad en los términos del artículo 671 de la LEC. Esta adjudicación en pago parcial del crédito por importes que se han desligado del valor de tasación de la finca hasta la tímida reforma efectuada por la Ley 1/13 de 14 de mayo, y la prosecución de la ejecución frente al resto de bienes del deudor por la cantidad no cubierta por dicha adjudicación, genera una sensación de frustración de la garantía hipotecaria que ha sido el detonante del cuestionamiento del procedimiento¹³. De ello trataremos seguidamente en el siguiente epígrafe.

¹³ Decíamos anteriormente: “Obsérvese que la opción del acreedor en el caso de que no se trate la finca hipotecada de la vivienda habitual del deudor, se desliga de la cuantía del crédito reclamado, permitiendo al acreedor que si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es superior al 50% del tipo de tasación de la finca, no libere al deudor de la deuda, sino que se adjudique la finca por el 50% del tipo y prosiga la ejecución por el resto. Incluso en el caso de vivienda habitual, si la cantidad que se le debe es inferior al 70% del tipo de la subasta, se permite la adjudicación por el 60% que pudiese ser superior a la cantidad que se le debe por todos los conceptos. En este último supuesto la norma actúa con un cariz punitivo, permitiendo al acreedor hacer suya la diferencia entre el crédito reclamado y el 60% del tipo de la subasta por los gastos e inconvenientes derivados de la ejecución”, NICASIO JARAMILLO, I.M., (2015), “El control judicial del valor de tasación de la finca en el procedimiento de ejecución hipotecaria”, en *Vivienda, préstamo y ejecución*, Espejo Lerdo de Tejada, M./Murga Fernández, J.P (dir) Navarra, pp. 81-102.

Una crítica a esta regulación legal la formula ALAMO GONZÁLEZ, D. P. (2012) *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia: “no se trata de considerar que la actuación del acreedor cuando continúa la ejecución –tras la adjudicación del inmueble– y reclama el resto de la deuda no cubierta pueda ser un caso de abuso de derecho, o un caso de mala fe o de una actuación contra sus propios actos o, incluso, un supuesto de enriquecimiento injusto (o que nos encontremos ante una situación en la que podríamos aplicar la cláusula “*Rebus sic stantibus*”, tal como parece sostener la doctrina más reciente) sino que, a mi modo de ver la actuación de la entidad bancaria parte del apoyo previo de una norma nacional que infringe por completo un principio básico del Derecho comunitario entre la contratación entre el profesional y el deudor» p. 77; y más adelante «si nos estamos refiriendo al principio de equilibrio contractual y esta regla se basa supuestamente en el riesgo de pérdida de valor sobre el bien, este riesgo, debería recaer sobre las dos partes igual, y no enteramente sobre el deudor”, p. 82.

1.2. El cuestionamiento judicial del procedimiento de ejecución hipotecaria

Decíamos inicialmente que el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados había sido cuestionado y defendido por la doctrina. No es de extrañar que las críticas y defensas por igual del procedimiento vengan marcadas por la perspectiva de su análisis, según se esté apreciando el proceso desde el prisma de la garantía o derecho real, o desde el prisma del proceso¹⁴. Pero lo llamativo de la actual situación es que el cuestionamiento del procedimiento en su integridad se produce en sede judicial.

En primer lugar, desde el punto de vista constitucional. Ya el viejo procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (hoy derogado) fue objeto de examen, por avocación al Pleno por el Tribunal Constitucional de sendos recursos de amparo, en la conocida y ya citada sentencia nº 41/81 de 18 de diciembre. En dicha resolución el Alto Tribunal analizaba la constitucionalidad del procedimiento desde la perspectiva de su comparación con el procedimiento de ejecución ordinaria, considerando que la especial naturaleza de la garantía real hipotecaria justificaba la restricción de los medios de defensa y oposición del ejecutado, que no se anulaban sino que reservaban para un momento posterior (el juicio declarativo del entonces artículo 132 de la Ley Hipotecaria), definiendo célebremente el procedimiento como “proceso de realización de la finca” o “auténtica vía de apremio”. La doctrina del Tribunal Constitucional ha sido seguida posteriormente en diversas resoluciones que han ido reproduciendo su definición, especialmente en vía de amparo¹⁵.

¹⁴ “Cómo deba articularse ahora un proceso para la tutela ejecutiva del crédito con garantía hipotecaria es materia procesal que, paradójicamente, en nuestro país, han pretendido explicar, sin embargo, los civilistas en lugar de los procesalistas, estudiando el desarrollo de una actividad que es, en realidad, procesal. Se ha llegado así al contrasentido en la hipoteca de definir el proceso desde el derecho y no el derecho desde el proceso. De ahí tantas inconsecuencias y esa ceremonia de la confusión que todavía perdura”, MIRA ROS, C. (2008), “Un nuevo enfoque procesal de la ejecución hipotecaria”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 16, pp. 1-21.

¹⁵ Una crítica a la mencionada sentencia se encuentra en MONTERO AROCA, J. (1998), *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 213-224. Para

La entrada en vigor de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, regula de forma unitaria en procedimiento de ejecución, e incluye en la legislación procesal el procedimiento de ejecución hipotecaria, sacándolo de la Ley Hipotecaria donde tradicionalmente se había ubicado. Bajo esta nueva regulación se promueve por el Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Sabadell una cuestión de inconstitucionalidad sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria, planteando el juzgado promovente las dudas de constitucionalidad sobre tres artículos, que en su conjunto, suponen el esqueleto de la regulación del proceso analizado: el artículo 695 en cuanto a la limitación de los medios de oposición del ejecutado, el artículo 698 en cuanto remite al juicio declarativo ulterior la formulación de otras causas de oposición, cuando ya se ha producido la subasta y adjudicación de la finca, y el artículo 579 que permite la continuación de la ejecución ordinaria si, tras la subasta, no se ha satisfecho en su integridad el derecho del acreedor.

El Tribunal Constitucional inadmite a trámite la cuestión a través del auto nº 113/11 de 19 de julio, estimando que la misma es manifiestamente infundada. Las dudas de constitucionalidad referidas a los artículos 579 y 698 de la LEC no pasan el juicio de relevancia; y en relación con la limitación de las causas de oposición reproduce íntegramente la doctrina contenida en su sentencia 41/81¹⁶, sin que el Tribunal llegue a pronunciarse sobre la nueva regulación legal ni sobre la relación del procedimiento con el derecho a la vivienda que el juzgado promovente formulaba. El Tribunal concluye su resolución con una admonición, recordando que “la cuestión de inconstitucionalidad no es cauce procesal idóneo para que los órganos jurisdiccionales puedan cuestionar de modo genérico o abstracto la constitucionalidad de un régimen o esquema legal (por lo que aquí interesa el

el citado autor no es posible sostener que el procedimiento no cause indefensión al demandado “cuando no puede alegar ni sobre el cumplimiento por título ejecutivo de los requisitos que le son propios, ni sobre los presupuestos procesales, ni sobre el desarrollo de la actividad procesal conforme al principio de legalidad”, p. 218, resaltando que la posible indefensión no la predica el Tribunal del procedimiento analizado, sino de un procedimiento distinto, el declarativo ulterior, p. 217.

¹⁶ Esta dura respuesta a la cuestión promovida por el Juzgado de Instancia probablemente esté en la razón del voto particular del auto del Magistrado Eugeni Gay Montalvo, para quien, la situación económica y financiera actual dista mucho de la existente en el momento del análisis de la cuestión resuelta en la STC 41/81, lo que hubiera obligado al Pleno a plantearse la adecuación constitucional de la norma a la luz de la nueva situación social.

proceso de ejecución hipotecaria) por contraste con un hipotético modelo alternativo, que no le compete formular al órgano proponente ni corresponde valorar a este Tribunal Constitucional por ser materia de la exclusiva competencia del legislador, dentro de cuyos límites constitucionales dispone de un amplio margen de libertad de elección que este Tribunal ni puede ni debe restringir”.

Paralelamente se dicta por la Sección 2 de la Audiencia Provincial de Navarra su conocido auto de 17 de diciembre de 2010 (ROJ: AAP NA 1/2010) que incendió los debates doctrinales y jurisprudenciales, hasta el punto de que la propia Sección de la Audiencia Provincial rectifica su criterio inicial en resoluciones posteriores; pero ello no debe impedir que retomemos el sentido de la resolución (que no la justificación económica y social de la misma), esto es, que la entidad bancaria que admite la adjudicación de la finca por un porcentaje del valor pactado de tasación, posteriormente, sin justificar (procesalmente no se admitió la prueba) el valor real inferior del inmueble, no puede, desconociendo el valor dado a la garantía real, pretender la prosecución de la ejecución ordinaria por la parte no cubierta de su crédito en aquella adjudicación. La resolución tuvo eco en alguna otra posterior, pero fundamentalmente reavivó el debate doctrinal y social sobre la dación en pago de deudas en sede del procedimiento de ejecución hipotecaria, en el contexto de la revulsiva crisis económica por la que el país atravesaba, y que tendría alguna tímida respuesta normativa a través del llamado Código de Buenas Prácticas contenido en la Ley 1/13 de 14 de mayo¹⁷.

¹⁷ Muestra del interés suscitado por la resolución, podemos citar el trabajo de LACASTA GOÑI, PANTELAEÓN DÍAZ y PEDROZA FERNÁNDEZ: “no pretendemos negar que la aplicación del Derecho hipotecario y procesal civil actualmente existente conduzca, en ocasiones, a resultados inaceptables desde el punto de vista de la justicia material. Estamos convencidos, sin embargo, de que este no es un problema que corresponda resolver a los jueces. Las soluciones deben ser de carácter legislativo. Por hipótesis, en ningún caso son los jueces los órganos del sistema adecuados para realizar la justicia material, en cuanto sus resoluciones son esencialmente particulares. Únicamente el legislador, como depositario de la soberanía popular, con su capacidad para ponderar intereses generales y dictar resoluciones de esta misma naturaleza, puede plantearse la realización de este ideal de justicia”, LACASTA GOÑI, M., PANTELÓN DÍAZ, L., PEDROZA FERNÁNDEZ, L.A., (2012), “El papel del Juez y del legislador ante los retos de la ejecución hipotecaria. Reflexiones en torno al auto de la Audiencia Provincial de Navarra 111/2010 de 17 de diciembre”, *RJUAM*, N° 26, p. 131. De la situación doctrinal y jurisprudencial se hace eco asimismo Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO, posicionándose en contra de la legalidad de la resolución hoy comentada: “A pesar de las reivindicaciones en este sentido, lo cierto es que tal alternativa no tiene fácil encaje en nuestro ordenamiento pues alteraría las bases de nuestro

El mérito de la resolución no es en absoluto de su fundamentación, sino que reside en centrar el problema en la trascendencia del valor de tasación contractualmente otorgado a la finca en la ejecución hipotecaria, más allá del trasfondo social de la llamada dación en pago propugnada por algunos sectores sociales y doctrinales. De hecho, tiene, a mi juicio, continuación en no pocas reformas, encaminadas a atenuar los perjuicios de la depreciación del bien en la adjudicación de la finca. Así los porcentajes de adjudicación por el acreedor de la finca en los supuestos del artículo 671 de la LEC¹⁸, incrementados por la Ley 1/13 de 14 de mayo en el caso de que la finca subastada se trate de vivienda habitual del deudor; el requisito introducido

sistema de responsabilidad por deudas y produciría numerosas distorsiones con otras normas. Además, la particular coyuntura económica actual condiciona en gran medida el modo en que se vienen desarrollando las ejecuciones hipotecarias y los problemas que éstas conllevan, y no parece que una situación de crisis excepcional deba servir de motivo para justificar un cambio en la legislación general. Así, las reformas legales sólo lo han permitido de forma excepcional, para casos muy residuales de deudores por debajo del umbral de exclusión, y una vez que hayan fracasado los intentos de reestructuración de la deuda y quita parcial, si la entidad financiera se ha adherido voluntariamente al Código de Buenas Prácticas. Y ello a pesar de algunos intentos en sede judicial. Diversas resoluciones judiciales, con un dudoso respeto de la legalidad vigente pero atendiendo a criterios de justicia, han tratado de impedir que se continúe con la ejecución tras la adjudicación del inmueble hipotecado al acreedor, con base en argumentos como el enriquecimiento injusto, el abuso de derecho, y la doctrina de los actos propios, entre otros, el AAP Navarra, Civil, Sec. 2ª, 17.12.2010. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014), “La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y las últimas reformas legales”, *InDret*, Barcelona, p. 10. Una extensa crítica en GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2011), “Sobre la limitación de la responsabilidad del hipotecante deudor de la finca hipotecada. A vueltas con el auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 725, p. 1693: “Solo con un cambio legislativo (de la LEC, LH y CC) podríamos admitir la solución propuesta en el Auto que se examina, sin embargo, creemos que éste tampoco sería aconsejable, porque ello supondría un perjuicio para el acreedor que pierde o ve disminuidas sus garantías de cobro, al eliminarse la responsabilidad personal del deudor. En consecuencia, para paliar esos efectos negativos y asumir ese riesgo, concedería créditos hipotecarios más caros (con un mayor tipo de interés), con una menor cobertura hipotecaria o a un plazo más corto. Además se correría el riesgo de que el deudor incurriera en insolvencia estratégica cuando el inmueble valiera menos que su deuda, y todo ello llevaría a una disminución del crédito territorial y a un empeoramiento de la situación financiera”. Para DÍAZ FRAILE, J.M. (2013), “Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 732, p. 1862, “lo que no cabe sostener en términos jurídicos es que el valor de adjudicación, en caso de que la subasta quede desierta, ha de ser íntegramente el valor en que se tasó la finca en el momento inicial de la constitución de la hipoteca, pues tal afirmación, por bien intencionada que sea, carece de amparo en el Derecho vigente”.

¹⁸ La actual redacción del artículo 671 de la LEC, dada por Ley 42/2015 de 5 de octubre es la siguiente: “Si en la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de los veinte días siguientes al del cierre de la subasta, pedir la adjudicación del bien. Si no se tratare de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50 por 100 del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por el importe igual al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por 100. Se aplicará en todo caso la regla de imputación de pagos contenida en el artículo 654.3. Cuando el acreedor, en el plazo de los veinte días, no hiciere uso de esa facultad, el Secretario judicial, a instancias del ejecutado, procederá al alzamiento del embargo”. Recordemos que es de aplicación dicho precepto de acuerdo con la remisión al mismo que se contiene en el artículo 691.4 de la LEC.

por dicha ley en el artículo 682 de que el valor de tasación otorgado por las partes a la finca para la subasta no sea inferior al 75% de la tasación realizada conforme a la Ley 2/81 de 25 de marzo; o la aplicación de parte de la plusvalía recibida por el acreedor en caso de venta de la finca en los diez años siguientes a un precio superior al de adjudicación que contempla la actual redacción del artículo 579.2 b) de la LEC¹⁹.

Esta última reforma del artículo 579 de la LEC ha hecho revisar al Tribunal Supremo su propia doctrina sobre el enriquecimiento injusto en los casos en que el acreedor se adjudica la finca en el procedimiento de ejecución por un valor que resulta ser muy inferior al valor real de la misma, pretendiendo proseguir por la cantidad no cubierta nominalmente por el valor de adjudicación²⁰, en su sentencia de 13 de enero de 2015 (ROJ:

¹⁹ “En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquel a quien le hubiera cedido su derecho y estos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de diez años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por 100 de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.”

²⁰ Ejemplo de esta tradicional doctrina lo encontramos en la sentencia de la Sala Primera de 16 de febrero de 2006 (ROJ: STS 681/2006): “la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa no puede invocarse para revisar cualquier desplazamiento o atribución de bienes desde la perspectiva de la equivalencia de prestaciones, cosa que sería incompatible con el principio de seguridad jurídica y de libertad de pactos en que se apoya el tráfico patrimonial. Entre los requisitos que deben integrar dicho enriquecimiento para dotarlo de relevancia en el mundo de las obligaciones -incremento patrimonial o elusión de una pérdida, correlativo empobrecimiento de la otra parte y ausencia de causa negocial o legal que justifique la desarmonía producida-, es preciso negar la concurrencia del último y principal de ellos, entre otros casos, cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de una expresa disposición legal que lo autoriza (STS de 31 de julio de 2002, entre otras muchas), pues constituye justa causa del enriquecimiento producido la legitimación prestada por una regulación legal que lo admite o lo tolera en aras del interés social (STS de 18 de febrero de 2003).

En definitiva, como ha dicho la reciente STS de 21 de octubre de 2005, «el enriquecimiento sin causa no puede ser aplicado a supuestos previstos y regulados por las leyes, pues entre otras razones, no está a disposición del juzgador corregir, en razón de su personal estimación sobre lo que sea justo en cada caso, las resultas de la aplicación de las normas. Y esta Sala ha dicho que el enriquecimiento sin causa solo puede entrar en juego en defecto de previsión normativa, que aquí se produce y se ha explicado. (Sentencias de 18 de enero de 2000, de 5 de mayo de 1997, de 4 de noviembre de 1994, de 19 de febrero de 1999, entre otras muchas)”. En el caso de adjudicaciones realizadas en pública subasta en el curso de procedimientos de realización de garantías hipotecarias tramitados al amparo del hoy derogado art. 131 de la Ley Hipotecaria, la jurisprudencia ha considerado que -una vez declarado dicho procedimiento acorde con los derechos constitucionales en sentencias del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981 y 17 de mayo de 1985 - no puede existir enriquecimiento injusto por el hecho de que la adjudicación se haya producido a favor del acreedor por un precio inferior al de tasación, supuesto que el proceso se haya seguido por los trámites legalmente previstos y se haya aprobado judicialmente el remate. Para ello debe tenerse en cuenta, entre otros extremos, que -aunque no era todavía aplicable a esta adjudicación lo dispuesto en la LEC 2000, que permite al deudor evitar la adjudicación del inmueble en las subastas sin ningún postor si el acreedor que la solicita no ofreciere, al menos, el 50% del valor de tasación del mismo (artículo 671, por remisión del artículo 691.4º, cuando se trata de bienes hipotecados)-, el apartado 12º del art. 131 LH ofrecía al deudor la facultad de mejorar la postura o buscar un tercero que lo hiciese. En definitiva, el marco legal que regía imperativamente dicho proceso

STS261/2015), entendiendo que pudiere concurrir enriquecimiento injusto del acreedor “cuando, tras la adjudicación, y en un lapso de tiempo relativamente próximo, el acreedor hubiera obtenido una plusvalía muy relevante, pues este hecho mostraría que el crédito debía haberse tenido por satisfecho en una proporción mayor, y al no serlo, el acreedor obtiene un enriquecimiento injusto con la plusvalía, o por lo menos con una parte de la misma”.

Pero sin duda donde más llamativa ha sido la contestación judicial al procedimiento de ejecución hipotecaria es en el ámbito de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en un constante y parece que interminable, cuestionamiento del principio de efectividad en la defensa de los derechos de los consumidores en sede de ejecución hipotecaria.

Resulta especialmente relevante la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, caso Aziz²¹.

facultaba al acreedor a obtener dicha adjudicación en favorables condiciones si el deudor se aquietaba a la oferta efectuada en tercera subasta no haciendo uso de aquella facultad.

La jurisprudencia ha reservado la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en subastas judiciales a supuestos en los que el bien adjudicado lo fue comprendiendo accidentalmente elementos ajenos a la garantía hipotecaria y a la consiguiente tasación (v. gr., SSTs de 15 de noviembre de 1990, 4 de julio de 1993 y, más recientemente, 18 de noviembre de 2005), pero no le ha reconocido relevancia cuando, seguido el proceso correctamente por sus trámites, sólo puede apreciarse una divergencia entre el precio de tasación y el de adjudicación, aun cuando ésta sea notable, ni siquiera en un supuesto en que se reconoció que el precio del remate a favor de la entidad concedente fue «irrisorio y absolutamente desproporcionado» (STS de 8 de julio de 2003), situación que, en el caso examinado, se halla todavía lejos de lo que se deriva de los hechos fijados por la sentencia recurrida, la cual sólo hipotéticamente admite que pueda haberse producido una devaluación de los bienes en el momento de la adjudicación, y en el que se advierte, además, que la rebaja en el precio del remate puede estar en relación con el hecho de que el crédito fue concedido para la construcción del inmueble hipotecado, cuyas previsiones no necesariamente realizadas pudieron influir en el valor asignado en la escritura de préstamo”.

²¹ Numerosos los comentarios publicados sobre esta sentencia, que despertó un razonable interés en la doctrina y en la práctica judicial. Entre ellos, GONZÁLEZ CLAVIJO, J.R. (2013), “Comentarios sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala primera) de 14 de marzo de 2013 (asunto C-455/11 Mohamed Aziz-Catalunyacaixa)”, *Revista general de Derecho europeo*, p. 30: “Si los argumentos del tribunal son sumamente claros, extraordinaria importancia adquiere el apartado 61 de la sentencia cuando, reiterando lo dicho en innumerables sentencias anteriores respecto de la necesidad de tener en cuenta las circunstancias concretas del caso, y que como ya hemos dicho han sido expuestas con todo detenimiento por el juez remitente de la cuestión, realiza un juicio de ponderación sobre los derechos en juego, por una parte, la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, frente al limitado pago de una indemnización por daños y perjuicios que “no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda”. Siguiendo con el análisis de las circunstancias concretas, el Tribunal concluye que bastaría a los profesionales con iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria para privar sustancialmente al consumidor de la protección que pretende garantizar la Directiva, por lo que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que la hace imposible o excesivamente difícil en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en la que los consumidores son la parte demandada”; DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013), “La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los tribunales”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 5, p.24, con carácter premonitorio de la problemática desencadenada a raíz de la sentencia comentada, estimaba que “La STJUE reconoce claramente que, por la vía del procedimiento ordinario del artículo 698 LEC,

Resolvía la mencionada sentencia las dudas del juez de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, sobre la adecuación del procedimiento hipotecario a la Directiva 93/13/CE planteadas, sin embargo, en sede del procedimiento declarativo ulterior a la ejecución, que se promovía tras la conclusión de la ejecución, dudas que se resumían en las siguientes cuestiones:

1.- si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 LEC, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento jurídico español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.

2.- sobre las cláusulas concretas del contrato, preguntaba al tribunal sobre la adecuación a la normativa comunitaria de las siguientes cláusulas:

- la cláusula de vencimiento anticipado en cuanto permitía la declaración de vencimiento del plazo pactado por incumplimientos en períodos muy limitados de tiempo siendo el plazo pactado en el contrato por un largo lapso de tiempo.

el Juez Mercantil puede para paralizar la ejecución que se sigue ante otro tribunal si considera que la alguna de las cláusula que han provocado la ejecución es abusiva. Ello tiene poca virtualidad práctica cuando el bien hipotecado ha sido ya adjudicado. Por ello parece más efectivo que se pueda permitir discutir ese carácter abusivo dentro del propio procedimiento de ejecución hipotecaria. Pero no se trata de aprovechar la tramitación de la ejecución para discutir cualquier cláusula incluida en la escritura de hipoteca, sino sólo aquellas que afecten a la ejecución o que la hayan desencadenado (v. gr., vencimiento anticipado, tipo de interés, etc.), siempre y cuando puedan suponer un desequilibrio para el consumidor”; también ACHÓN BRUÑÉN, M.J. (2013), “Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013”, *La Ley*, con propuestas de reforma para la adaptación de la normativa entonces vigente a los mandatos contenidos en la sentencia: “La citada sentencia constituye un hito importante en la defensa de los derechos de los deudores hipotecarios, pero a nuestro juicio su importancia se ha sobredimensionado, dado que tan sólo solventa el drama de las familias que se encuentran en peligro de desahucio por el impago de su hipoteca cuando en sus contratos de préstamo figure una cláusula abusiva y, aun en este caso, la solución es parcial, pues, lejos de evitar el lanzamiento, tan sólo lo demora o suspende hasta que se decida sobre la nulidad o validez de la cláusula impugnada, corriendo mientras tanto intereses para el deudor y devengándose costas. Procede preguntarse si la sentencia del TJUE podrá tener efectos retroactivos, es decir, si aquellos deudores que hayan sido desahuciados de sus viviendas podrán recuperarla o al menos conseguir algún tipo de indemnización. Resulta difícil defender una respuesta positiva o, mejor dicho, defenderla es fácil pero llevarla a la práctica hartó complicado; sin embargo, desde que la Directiva 93/13/CEE es de obligado cumplimiento (31 de diciembre de 1994) se han practicado numerosos desahucios por impago de préstamos hipotecarios cuyas cláusulas han podido resultar abusivas. A nuestro juicio, si dichas cláusulas eran de intereses desorbitados o aumentaban indebidamente la cantidad debida por el deudor, deberán verse afectadas por la nulidad cuando, aun habiendo concluido el procedimiento hipotecario, todavía reste algún importe pendiente de pago y el deudor estuviere sufriendo el embargo de sus bienes por haber resultado insuficiente la garantía hipotecaria”.

- sobre la desproporción del interés moratorio pactado del 18%.
- la cláusula de liquidación unilateral de la deuda.

Ciñéndonos a la primera cuestión, el TJUE valora que la imposibilidad del juez que conoce del procedimiento declarativo de adoptar medidas cautelares de suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando ha de resolver sobre la nulidad de una cláusula abusiva que afecta al título, resolviendo cuando ya se ha procedido a la enajenación del inmueble, no se ajusta al principio de efectividad²².

Tanto las conclusiones del Abogado General previas a la decisión de la Sala, como la sentencia tuvieron notoria repercusión mediática, pero también jurídica, por cuanto concluyeron con las modificaciones que en el procedimiento de ejecución hipotecaria (aunque no sólo en el mismo) produjo la Ley 1/13 de 14 de mayo. Lo preveía agudamente Carlos BALLUGUERA en un artículo publicado el día 13 de mayo de 2013: “La sentencia, según una previsión razonable, sin adivinar nada, creemos que va a tener un impacto importante en España”²³.

²²Así SÁNCHEZ, C. “La Sentencia individualiza el problema planteado, desde la perspectiva del cumplimiento del principio de efectividad –imposibilidad o excesiva dificultad del ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores en el ordenamiento jurídico de la Unión-, en el que se trata de determinar las obligaciones que incumben al juez que conoce de un proceso declarativo vinculado al proceso de ejecución hipotecaria, con el fin de que se garantice el efecto útil de la decisión sobre el fondo por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo. Desde esta perspectiva de análisis, la Sentencia analiza el sistema de oposición que establece nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria, en concreto los arts. 695 y 698 LEC y el art. 131 LH y concluye que en el sistema procesal español, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal de cancelación de cargas, supuesto que la propia resolución califica de residual al contemplar el riesgo de que consumidor afectado no pueda realizar esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignore o perciba la amplitud de sus derechos» y continúa resumiendo «En estas circunstancias, expresamente se declara que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancias de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos...” SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013), “Comentario a la Sentencia del Tribunal de justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11”, *La Ley*, pp. 1-10

²³ BALLUGUERA GÓMEZ, C. (2013), “Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (II). Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013”, *La Ley*.

Introdujo la ley la posibilidad de apreciación de oficio por el juzgador de la existencia de cláusulas abusivas en el despacho de ejecución, previa audiencia de las partes, en el artículo 552 de la LEC, y asimismo introdujo una nueva causa de oposición del deudor hipotecario en el artículo 695.4 de la LEC, por “el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible”. Además, contemplaba un incidente extraordinario de oposición a la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas, cuando hubiere precluido el plazo para la oposición y con el límite temporal de la adjudicación del inmueble, a promover en el plazo de un mes desde la publicación de la ley en el Boletín Oficial del Estado (disposición transitoria cuarta de la ley).

La evolución posterior superó las previsiones anteriores. A la sentencia indicada han seguido otras que inciden sobre la necesidad de adecuación de nuestro procedimiento hipotecario a la Directiva 93/13/CEE.

Así, el Auto de 14 de noviembre de 2013, asuntos acumulados C-537/12 y C-116/13, resolviendo las cuestiones prejudiciales formuladas por los Juzgados número 1 de Catarroja y número 17 de Palma de Mallorca, reproduciendo, en lo que al aspecto procesal de las cuestiones promovidas se refiere, la sentencia Aziz²⁴.

La sentencia del TJUE de 17 de julio de 2014, asunto C-169/14 (Sánchez Morcillo, Abril García contra BBVA)²⁵, resolvía la cuestión

²⁴ Ante el Juzgado de Catarroja se pretendía oponer en el seno de un procedimiento hipotecario la nulidad de la cláusula suelo en el contrato de préstamo. Ante el Juzgado de Palma se pretendía instar la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por cualquier incumplimiento del deudor.

Concluye la resolución del TJUE que “la Directiva 93/13 se opone a una normativa de un estado miembro que no permite al Juez que conoce de la ejecución, en el marco de un proceso de ejecución hipotecaria, ni examinar, ya sea de oficio o a instancia del consumidor, el carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato del que deriva la deuda reclamada y que sirve del fundamento al título ejecutivo, ni adoptar medidas cautelares, en particular la suspensión de la ejecución, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de la resolución final del juez que conozca del proceso declarativo, quien es competente para apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula”.

²⁵ Objeto de múltiples comentarios, entre los que podemos resaltar, PÉREZ DAUDÍ, V. (2014), “Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria: el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso declarativo posterior”, *La Ley*, p. 19, para quien “lo deseable sería que el legislador adaptara las relaciones entre el proceso declarativo y el proceso de ejecución hipotecaria asimilando la hipoteca a un título no judicial y eliminando el carácter privilegiado del mismo. Ello haría posible que el Tribunal que tramita la ejecución hipotecaria pudiera suspenderla cuando la parte ejecutada alegara la existencia de una cuestión prejudicial civil y éste valorase que efectivamente puede

promovida por la Audiencia Provincial de Castellón contra el régimen de recursos establecido en el artículo 695 de la LEC, en tanto sólo permitía la apelación del auto dictado en el incidente de oposición al acreedor cuando se estimara la oposición, no siendo apelable, sin embargo, por el deudor cuando la oposición era desestimada. Preguntaba la Audiencia si dicha regulación era compatible con el artículo 7 de la Directiva 93/13 y con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Para el Tribunal de Justicia este régimen de recursos se oponía a la normativa europea, lo que motivó la reforma del precepto por la Ley 11/2014 de 5 de septiembre de medidas urgentes en materia concursal.

La sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13 y C-487/13 (José Hidalgo Rueda y otros y Caixabank contra Manuel María Rueda Ledesma y otros), resolvía la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Marchena sobre la adecuación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/13 de 14 de mayo a la Directiva 93/13/CEE, en cuanto disponía el recálculo de los intereses de demora conforme al nuevo contenido del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, pudiendo ello impedir el control de oficio de la abusividad de la cláusula por el Juez. El TJUE interpretó la mencionada disposición salvaguardando en todo caso el control previo de la abusividad de los intereses por el juzgador y la necesaria expulsión de la cláusula, de estimarse la abusividad de los mismos, sin posibilidad de moderación²⁶.

tener una influencia decisiva en dictar o no el auto dictando la orden general de ejecución”; critican fuertemente el pronunciamiento judicial CARRASCO, A. y LYCZKOWSKA, K., (2014), “STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C-169/14, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. Un nuevo (y esta vez defectuoso) pronunciamiento del TJUE sobre el procedimiento hipotecario español”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nº 10, p. 12, para quienes “la cuita del Tribunal sólo se solucionaría si definitivamente se borrara del mapa el entero sistema de ejecución hipotecaria”; desde el ámbito constitucional un estudio detallado en DIEZ GARCÍA, HELENA (2014), “Igualdad de armas y tutela judicial efectiva en el artículo 695.4 LEC tras el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre: crónica de una reforma legislativa anunciada (de los AATC 70/2014, 71/2014, 111/2014, 112/2014 y 113/2014 a la STJUE de 17 de julio de 2014)”, en *Derecho Privado y Constitución* nº 28, pp. 201-262.

²⁶ La disposición transitoria segunda de la Ley 1/13 de 14 de mayo dice: “La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos. En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no

El Auto de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13 (BBVA contra Fernando Quintano Ujeta e Isabel Sánchez García) resolvía la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander, nuevamente referida a los intereses moratorios de los préstamos hipotecarios y a la facultad de recálculo contemplada en la disposición transitoria segunda de la Ley 1/13. Pero también preguntaba al TJUE si el hecho de no haberse aplicado una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor impedía al Tribunal valorar su abusividad, en referencia a la cláusula de vencimiento anticipado pactada en el contrato que permitía declarar vencido el préstamo ante el incumplimiento de un solo plazo de la obligación; aun cuando el banco había esperado el plazo mínimo establecido por la Ley 1/13 en el artículo 693 de la LEC para declarar vencido el préstamo. Para el TJUE “la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13— de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

El Auto del TJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-539/14, nuevamente se plantea por la Audiencia Provincial de Castellón en el seno del procedimiento Sánchez Morcillo, Abril García contra BBVA y sobre el régimen de recursos del artículo 695 de la LEC, preguntando el órgano español al TJUE si la modificación introducida en dicho precepto por la Ley 11/2014 en tanto permitía al consumidor interponer recurso de apelación únicamente contra la desestimación de su oposición basada en la existencia de cláusulas abusivas, pero no cuando la oposición se fundamentaba en otras causas distintas de las previstas en el artículo 695, pudiendo en todo caso recurrir el profesional, pudiera ser contraria al artículo 7 de la Directiva 93/13, pero

concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior”.

también al artículo 7 y 47 de la Carta. Para el Tribunal la modificación legal garantiza el principio de efectividad e igualdad de armas de los consumidores, sin que se pueda pronunciarse sobre otras causas de oposición que caen fuera del ámbito de la Directiva²⁷.

En este repaso introductorio del constante cuestionamiento del procedimiento por los jueces españoles ante el Tribunal europeo podemos reseñar en último lugar la sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015 en el asunto C-8/14 (BBVA contra Pedro Peñalva López y otros), cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Martorell sobre el plazo extraordinario de oposición a la ejecución que contempla la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/13 ya comentada. Para el Tribunal si bien el plazo de un mes desde la entrada en vigor de la Ley es suficiente para la protección de los derechos de los consumidores como plazo extraordinario de oposición cuando ya ha precluido el legalmente establecido y habida cuenta de la modificación legal al introducir la nueva causa de oposición en el número 4 del artículo 695 de la LEC, sin embargo su forma de cómputo, desde la entrada en vigor de la ley y sin expresa e individual notificación al consumidor no es conforme con la Directiva²⁸.

Sin perjuicio del análisis ulterior de estas y de otras resoluciones pendientes en el Alto Tribunal europeo que tendrán incidencia en el procedimiento de ejecución hipotecaria (por ejemplo, en relación al efecto retroactivo de la nulidad declarada de la cláusula suelo,) lo cierto es que el cambio de concepción del procedimiento de ejecución hipotecaria a raíz de la doctrina vinculante del TJUE es evidente, y genera incidentes permanentes

²⁷ Sobre el derecho a la vivienda al que se hacía expresa referencia en el planteamiento de la cuestión por la Audiencia Provincial, para el TJUE “no resulta necesario pronunciarse sobre la interpretación, solicitada por el órgano jurisdiccional remitente, del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 34, apartado 3, de la Carta. En efecto, dado que, en contra de lo señalado por ese órgano jurisdiccional, esa disposición de la Carta no garantiza el derecho a la vivienda sino el «derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda» en el marco de las políticas sociales basadas en el artículo 153 TFUE, tal interpretación no es pertinente de cara a la resolución del litigio principal”.

²⁸ Todavía se dictarán otras resoluciones con incidencia en el procedimiento de ejecución hipotecaria. La conocida STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, sobre los efectos derivados de la nulidad de la cláusula suelo; y la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, que aborda los límites temporales y formales del control de oficio por el juzgador de las cláusulas abusivas.

de valoración dentro del procedimiento de un clausulado predispuesto que se ha visto huérfano hasta el momento de la ejecución, de cualquier control preventivo de legalidad.

Nada que ver el panorama que estas resoluciones proporcionan del procedimiento de ejecución hipotecaria con el que mantiene nuestro Tribunal Constitucional²⁹, lo que determina importantes paradojas en el procedimiento, en especial la discusión en el mismo de la existencia de cláusulas abusivas frente al hermetismo legal respecto de la oposición fundada en el pago, que no conste en escritura pública, por ejemplo, alguna de las cuales pudieran incluso alcanzar la duda de constitucionalidad del procedimiento.

Pero también son notorios ciertos pronunciamientos del Tribunal Supremo, que han marcado una nueva línea de examen del clausulado en el caso de contratación con consumidores. Nos estamos refirieron a la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (ROJ: STS 1916/2013)³⁰

²⁹ El Tribunal Constitucional analiza en su STC 213/2016 de 15 de diciembre (BOE 20 de enero de 2017), el recurso de inconstitucionalidad formulado por el Grupo Parlamentario Socialista contra la Ley 1/13 de 14 de mayo. Entre otros aspectos de inconstitucionalidad analizados y rechazados, por el Tribunal Constitucional, se encuentra la vulneración por las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley del contenido de los artículos 9, 10, 24 y 96 de la CE. La disposición transitoria primera establece la aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento, mientras que la segunda se refiere a la aplicación retroactiva a través de la fórmula del llamado “recálculo de intereses” de las limitaciones de los intereses por mora introducidas por la Ley en el artículo 114 de la LH. La sentencia no analiza, por falta de motivación expresa y concreta de los preceptos legales, la contradicción de la norma con los mencionados preceptos. Sin embargo, una de las críticas formuladas frente a la norma es precisamente la quiebra del principio *pro consumatore* del Derecho comunitario, que respecto de la disposición transitoria segunda ha dado lugar a la interpretación correctora de la STJUE de 21 de enero de 2015 comentada. En relación al momento final del control de abusividad, la STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14) a la que nos referiremos en el capítulo cuarto de esta tesis, concluye que con el único límite de la cosa juzgada, el juez “en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas”. Nuevamente apreciamos la distinta trayectoria de la jurisprudencia comunitaria y constitucional.

³⁰ Múltiples e importantes comentarios se han vertido sobre esta trascendente sentencia: CÁMARA LAPUENTE, S. (2013), “¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 de mayo de 2013, sobre las cláusulas suelo”, *Cuaderno de Derecho trasnacional*, Vol. 5 n° 2, pp. 231-232: “Aún no ha “explotado” en España el potencial de la conexión de la sentencia Caja Madrid con las sentencias del TJUE Banco Exterior de Crédito y Aziz, todas procedentes de nuestro país, pero podría hacerlo a raíz de las circunstancias económicas y la disparidad de soluciones judiciales a raíz de la sentencia Aziz, de aplicarse el siguiente

sobre la cláusula suelo, y los posteriores pronunciamientos del Alto Tribunal, definiendo y concretando los límites del control de transparencia sobre los elementos esenciales del contrato³¹; o la sentencia de 3 de junio de 2016 (ROJ:

silogismo en la jurisprudencia, que se presenta aquí como pura hipótesis teórica en la que realmente no se cree: si los jueces no sólo pueden sino que deben ejercer el control de oficio sobre las cláusulas abusivas; si ese control también debe producirse en el seno de procedimientos abreviados como el monitorio o (puede y debe sostenerse) el de ejecución hipotecaria; si el objeto principal del contrato pudiera ser enjuiciado por los parámetros de las cláusulas abusivas (según Caja Madrid, no según el TS) y los intereses que remuneran el préstamo hipotecario son claramente su precio; y si la sanción por la nulidad de las cláusulas abusivas debe ser la nulidad de la cláusula abusiva y no su moderación por el juez, para no eliminar el efecto disuasorio de la nulidad, de forma que no se deba ninguna cantidad por intereses, entonces: ¿qué impediría a los jueces que declaren la nulidad de las cláusulas sobre intereses remuneratorios en préstamos hipotecarios y, por faltar el precio, puedan declarar la nulidad del entero contrato, con devolución del capital prestado, sin intereses? Y declarada la nulidad del préstamo, como ha hecho alguna sentencia del Tribunal Supremo reciente, también se podría anular la hipoteca que lo garantizaba dado su carácter accesorio al contrato principal. ¿En qué quedaría entonces el futuro del crédito hipotecario y de las hipotecas mismas como institución? Por fortuna para la seguridad jurídica, y sin perjuicio de los muchos otros matices que requerirían algunas premisas (como la relativa a la nulidad del préstamo por falta de precio o al entendimiento estricto de la accesoriedad de la hipoteca en tal caso), la STS de 9 mayo 2013 –y las conclusiones del encuentro de magistrados del TS de 8 mayo 2013⁴¹ – al descartar el control como cláusulas abusivas de las que definen el objeto principal del contrato (salvo que no sean transparentes) han introducido un cortafuegos en ese silogismo cuyo potencial podría alcanzar cotas devastadoras. Para PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013), “La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013”, *La Ley*, p. 8, ya se avanzaban los problemas finalmente constatados del pronunciamiento de irretroactividad limitada en relación a la devolución de las cantidades derivadas de la aplicación de las cláusulas suelo anuladas, estimando que el Alto Tribunal había procedido, si no a una moderación de la cláusula, sí de sus efectos con dicha declaración: “En este sentido, conviene tener presente lo dispuesto por la STJUE 14 de junio de 2012 (asunto C/618-10, Banesto v Calderón), según la cual es contraria a Derecho comunitario una normativa nacional, como el art. 83 TRLGDCU, por la que declarada por el juez una cláusula como abusiva dispone de una facultad de moderación de su contenido. Es verdad que la irretroactividad de la nulidad de la cláusula suelo no implica una moderación *strictu sensu* del contenido de la cláusula; toda ella resulta nula, sino una moderación de sus efectos, que de acuerdo con el art. 1303 CC habrían de ser la restitución recíproca de las prestaciones. Sin embargo, la referida STJUE 14 de junio de 2012, en su fundamentación jurídica hace unas apreciaciones que serían totalmente predicables a la pretensión de irretroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo. En primer lugar, dispone que la autonomía de los Estados miembros en lo que atañe al régimen jurídico aplicable a las cláusulas abusivas tiene como límite infranqueable la obligación de establecer que tales cláusulas «no vincularán al consumidor» (apartado 62). En segundo lugar, señala que incumbe a los tribunales nacionales que examinan el carácter abusivo de las cláusulas contractuales «deducir todas las consecuencias que, según el derecho nacional, se derivan de ello» (apartado 63). Por último, se recuerda el efecto disuasorio que la declaración de nulidad de la cláusula, con todas sus consecuencias, ha de tener en la conducta de los profesionales (apartado 69). De la misma manera que este efecto disuasorio se ve mitigado en caso de reconocerse una facultad de moderación del contenido de la cláusula a los tribunales nacionales, la admisión de una nulidad sin efectos restitutorios contribuiría a eliminar este efecto disuasorio, puesto que los profesionales habrían obtenido una ventaja del empleo de las cláusulas abusivas, aun cuando éstas hubieran sido declaradas nulas por sentencia judicial”. Sobre la relación del control de transparencia y la nulidad de la cláusula por su carácter abusivo que se contiene en la STS 9 de mayo de 2013, CAÑIZARES LASO, A. (2015), “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Civil*, p. 95: “no parece que se deba establecer este automatismo de anudar a la falta de transparencia la condición de cláusula abusiva, puesto que el control de contenido supone un análisis de la cláusula cuyo parámetro de juicio es la buena fe y el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que quizá no toda falta de transparencia provoque”.

³¹ A la sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013 han seguido otros pronunciamientos del Tribunal Supremo entre los que podemos destacar las sentencias de 8 de septiembre de 2014 (ROJ: STS 3903/2013), 25 de marzo de 2015 (ROJ: STS 1280/2015), 23 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5618/2015) y 3 de junio de 2016 (ROJ: STS 2550/2016), esta última para desestimar la aplicación del control de transparencia al adherente no consumidor. Ciertamente no es la cláusula suelo la única cláusula que ha sido objeto de análisis y resolución por el Tribunal Supremo en relación a los contratos de préstamo

STS 2401/2016) sobre el carácter abusivo de los intereses moratorios en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria en consonancia con la doctrina fijada para los préstamos sin garantía real en la sentencia de 22 de abril de 2015, pese a la dicción del artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

1.3. Situación actual, justificación del trabajo y sistemática

La situación expuesta ofrece un panorama complejo: de un lado, la crisis económica ha incrementado notoriamente los procedimientos de ejecución hipotecaria; de otro lado, la escasa efectividad de los controles preventivos del clausulado predispuesto en el caso de la contratación celebrada con consumidores ha propiciado que en estos procedimientos de ejecución hipotecaria que hoy tenemos en trámite nos encontremos ante un sinfín de cláusulas de contenido abusivo o que adolecen de transparencia; por otra parte se promueven numerosos procedimientos declarativos sobre nulidad de préstamos o créditos garantizados con hipoteca pretendiéndose la paralización de los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso a través de la prejudicialidad civil, sin cauce procesal expreso para ello.

A ello ha de unirse la problemática incrementada en los casos en que la ejecución hipotecaria se cierne sobre la vivienda habitual del deudor, supuestos en los que la paralización de los lanzamientos (mal llamados desahucios hipotecarios), difícilmente se consigue a través de la protección al deudor vulnerable iniciada por el RD Ley 6/12 de 9 de marzo de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, por la restricción de su ámbito, incluso en las sucesivas modificaciones ulteriores de la norma, o a través del Código de Buenas Prácticas que discurre en paralelo al procedimiento judicial sin cauce expreso de interrelación con el mismo.

con garantía hipotecaria celebrados con consumidores. La sentencia de 23 de diciembre de 2015 aborda de forma directa la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por el incumplimiento parcial de una sola de las cuotas de amortización del préstamo, con pronunciamientos sobre el efecto de esta doctrina en los procedimientos de ejecución hipotecaria.

Como hemos visto, la tradicional fuerza ejecutiva del título hipotecario que fundamenta el procedimiento privilegiado de ejecución directa, de un lado, claudica cuando la garantía viene a proteger un contrato que no ha superado un suficiente control de legalidad, pese a la intervención para su formalización del notario otorgante de la escritura y pese al control de legalidad de la calificación para la inscripción de la hipoteca. Cuando el contrato ha entrado en crisis por el incumplimiento del deudor, el procedimiento expeditivo diseñado para la ejecución de la garantía y la realización del bien en beneficio de la protección del crédito inmobiliario, quiebra por los incidentes y resoluciones que analizan en la sede del procedimiento la validez del clausulado impuesto a los consumidores.

Los efectos además, de estas resoluciones, son también diversos y no ayudan al clima de seguridad jurídica que requiere una ejecución como la que analizamos: jurisprudencia menor que autoriza el recálculo de cantidades, una vez excluidas las cláusulas declaradas abusivas, sin valorar la falta de liquidez del título, pero tampoco de la incidencia de las cláusulas nulas en el total amortizado del préstamo, cerrando la vía a la real expulsión de la cláusula del contrato, más allá de sus efectos retroactivos; pronunciamientos del Tribunal Supremo que, elogiando los beneficios introducidos para el deudor hipotecario por la Ley 1/13 de 14 de mayo, niegan los efectos de la nulidad declarada de la cláusula, por ejemplo, de vencimiento anticipado, en el procedimiento de ejecución hipotecaria; difícil armonización del principio de la cosa juzgada en el seno del procedimiento con el ulterior proceso declarativo; falta de solución legislativa a la suspensión por prejudicialidad del procedimiento de ejecución hipotecaria en los casos de promoción simultánea de un procedimiento declarativo sobre nulidad del clausulado del contrato.

La necesidad de un control preventivo eficiente del título se manifiesta necesaria y a ella tienden las últimas resoluciones de la DGRN sobre el alcance de la calificación del registrador en consonancia con la doctrina del

TJUE. La expeditividad del procedimiento sólo puede asentarse sobre la base de una presunción de legalidad del título base del mismo.

Pero la crisis del procedimiento se evidencia también respecto de los aspectos puramente procedimentales del mismo. La modificación de los artículos 682 y 686 de la LEC, referidos respectivamente el valor contractual de tasación de la finca y el domicilio fijado por el deudor a efectos de notificaciones y requerimientos, requisitos que se fundamentaban en el principio de celeridad, acerca singularmente la regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria la genérica ejecución ordinaria, al cuestionar el valor de la tasación pactada o la invariabilidad ajena al Registro de la Propiedad del domicilio del deudor.

Si ello es así, parece difícil sostener que no pueda discutirse en el seno del procedimiento de ejecución el pago de la deuda en su totalidad, más allá de la imposible causa de oposición del número 1 del artículo 695 de la LEC; defensa que también asiste al consumidor en relación a los efectos de una cláusula declarada abusiva que haya influido en el quantum mensual de amortización del préstamo, como agudamente denunciaba la Audiencia Provincial de Castellón ante el TJUE en el asunto Sánchez Morcillo vs. BBVA (C-539/14).

Debe destacarse la necesidad de un control preventivo de legalidad en la formación del título ejecutivo que servirá de base al procedimiento de ejecución hipotecaria cuando en la contratación interviene un consumidor, haciendo hincapié en la singularidad de la intervención no sólo del notario autorizante del contrato sino del registrador a través de la calificación registral tan particular en nuestro Derecho hipotecario; y la necesidad de adaptar el procedimiento de ejecución hipotecaria a la defensa completa del deudor en el mismo, para compatibilizar la defensa del consumidor con el principio constitucional de la igualdad, son los objetivos a que tendemos en esta tesis doctoral, y a los que dirigiremos los siguiente capítulos.

Para ello, y tras este primer capítulo introductorio, dividiremos el estudio en las dos vertientes del problema, que constituirán los capítulos

segundo y tercero respectivamente: de un lado, analizaremos el título ejecutivo hipotecario, tanto desde el punto de la caracterización del derecho real de hipoteca como desde el punto de vista de la caracterización procesal del título, sin olvidar la incidencia ya resaltada de la jurisprudencia constitucional, del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

De otro lado analizaremos el fenómeno de contratación con consumidores, ahondando en la doctrina y en la jurisprudencia del TJUE y en cómo el nuevo modelo de contratación obliga a una intervención positiva de órganos administrativos, autoridades y tribunales para equilibrar la posición desigual de los contratantes con base en los principios del justo equilibrio entre las partes y especialmente de la buena fe.

El quinto capítulo se ocupará del control preventivo de la legalidad del título, desde la intervención del notario a la del registrador, cotejando dicha necesidad de control preventivo con la insatisfactoria reducción del control del clausulado al control judicial en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, en especial por los límites legales impuestos al mismo y por el problema de la cosa juzgada. Dedicaremos el último capítulo a las conclusiones o resultados a los que hemos llegado a través de nuestra investigación.

1.4. Apéndice: contextualización en Derecho comparado

Las soluciones que los distintos países de nuestro entorno ofrecen a la configuración, naturaleza y ejecución de la garantía hipotecaria son diversas, en atención a la tradición jurídica de cada Estado, a la configuración de la publicidad registral y sobre todo, en sede de ejecución, a la diversidad procesal, por lo que una visión completa del Derecho comparado supera con mucho la justificación de nuestro trabajo. Sin embargo, la universalidad de la crisis inmobiliaria de 2007 nos sugiere que puede ser útil acercarnos a dos

sistemas distintos de nuestro derecho de cosas, con diversa concepción y funcionamiento de la hipoteca, y comprobar cómo se han resuelto los problemas anteriormente planteados, especialmente en relación a la situación del deudor hipotecario ante la ejecución hipotecaria. Nos centraremos por tanto en primer lugar en el Derecho inglés, por venir caracterizado como es sabido por el *Common Law* y la importante labor jurisprudencial a través de la *Equity*³², en la configuración y evolución de la tradicional *mortgage* hasta su aproximación a la actual concepción de la hipoteca continental, si bien conservando tradicionales instituciones que no han lastrado en cambio las soluciones que la coyuntura económica y social ha generado. En el origen, en una herencia sabia que después aplicó –como ningún otro ordenamiento jurídico– el Derecho anglosajón, *if there was not writ, there was not right*. Esto es, si no había procedimiento, y así estaba promulgado en los incipientes estertores del *Common Law*, no había derecho que proteger. El sistema romano de las acciones respondía a esta dinámica; sólo en la medida en que una situación de hecho tuviese atribuida una *actio* para poder ser ejercitada ante los jueces y tribunales, podía hacerse valer una consecuencia jurídica entendida como justa, es decir, en justicia (según el genial adagio romano: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*; la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar –conceder– a cada uno su derecho). Se hacían así vívidos los preceptos o mandatos del Derecho romano: “*honeste vivere, alterum non laedere et suum quique tribuere...*”: “vivir honestamente, no hacer daño a nadie y dar a cada uno lo que le corresponde”. Es por esta razón que en Derecho anglosajón, como en el más primitivo Derecho romano, en el origen, en el principio fue... el procedimiento; en el paralelismo bíblico aplicado al foro jurisdiccional, es oportuno reconocer que el mundo del *ius* empieza siendo el mundo del procedimiento. No existía el derecho subjetivo confeccionado al modo del iusnaturalismo kantiano, ni siquiera el derecho subjetivo como reconocimiento de unos principios o valores

³² Es bien conocido que la *Equity* surge, en Derecho anglosajón, como alternativa jurisprudencial al sistema de *writs* que, a su vez, había dado origen y razón de ser al conjunto del *Common law*; en la actualidad, como se recoge en el texto –*supra*–, la *Equity* convive con la tradición anglosajona y con el sistema legislativo, cada vez más apostado, y permea incorporando principalmente lo que en nuestro ordenamiento jurídico conocemos como principios generales del Derecho.

inherentes al ser humano que merecieran el amparo del reconocimiento de un tercero que, investido de *potestas* y *auctoritas*, resolviera el asunto intersubjetivo que se presentara a su decisión. Sin embargo, ocurrió que el *Common law* se vio desbordado por la falta de *writs* que dieran paso a una solución jurisdiccional del conflicto. Así las cosas, la *Equity* apareció como un mecanismo, por un lado, de ladear el rigor formal de los *writs* (que tenían incluso palabras sacrosantas que había que reproducir en los términos establecidos por la jurisdicción), y por otro, de habilitar un proceso judicial para nuevos conflictos intersubjetivos para los que no había prevista acción (léase *writ*), creando de tal manera, y como ejemplos universales, dos de las instituciones más reconocibles del Derecho anglosajón: la *undue influence* (que podría equipararse a ciertos vicios contractuales del consentimiento) y el *trust* (auténtica y actual institución jurídica sin parangón en los sistemas de corte romano-canónico)³³.

En segundo lugar, es obligado hacer referencia al funcionamiento de la *Grundschild* alemana, que sin ser la única figura prevista en el ordenamiento alemán como garantía hipotecaria, sí goza de la máxima predicación en las operaciones activas de las entidades financieras en dicho país. La doctrina de

³³ Por supuesto, el *trust* ha sido objeto de procelosos y sesudos estudios sobre su equiparación, en Derecho patrio, con el fideicomiso –principalmente, de residuo-. Aunque no corresponde aquí desarrollar esta idea, a nuestro juicio, esa equiparación es más que forzada. En la razón de ser del *trust* subyace la idea de confianza reglada en la gestión de un patrimonio, no la idea del aprovechamiento de un patrimonio para que, en determinado momento, pase a beneficio de otro sujeto. El *trust* surgió cuando los señores feudales (quien lo establece, *settlor*), al partir para las guerras, cedían esa gestión del patrimonio a una persona de su confianza (*trustee*) para que otorguen los beneficios a un tercero (*beneficiary*). No ha de esconderse la idea de que la beneficiaria solía ser la esposa del señor feudal, que, sin embargo, no solía ser la *trustee*.

En España el Código Civil regula la sustitución fideicomisaria en los arts. 781 y siguientes, en la que hay un heredero, el llamado fiduciario, que recibirá un bien de la herencia pero obligado, en un determinado momento, a transmitirlo a otra persona, el fideicomisario.

A diferencia del *trust*, el heredero fiduciario es propietario a todos los efectos, no se trata de una mera transmisión de la titularidad “legal”.

De hecho, este instrumento de protección del patrimonio obedece a una necesidad que se ha dado en muchas culturas, si bien bajo formas jurídicas un poco diferentes. Pensemos en las Fundaciones de interés privado o las *waqfs* de Derecho islámico.

En el marco del derecho continental, el 1 de julio de 1985 se presentó en la Haya el Convenio sobre la ley aplicable a los *trusts* y su reconocimiento. Este tratado finalmente entró en vigor el 1 de enero de 1992. No obstante, hasta la fecha, han sido pocos países los que lo han ratificado. Holanda, Luxemburgo, Italia y, más recientemente, Suiza.

Al margen del tratado, existen actualmente sólo tres países europeos bajo derecho continental que lo han recogido en sus ordenamientos jurídicos: Holanda, Mónaco y Liechtenstein. No es casualidad que todos los países que ratificaron el citado Convenio sean países de poderosas economías financieras y de mercados de capital.

la abstracción de la *Grundschild* unida a la hipoteca del propietario *Eigentümerhypothek*, así como a la deuda inmobiliaria de propietario, *Eigentümergrundschild*, se observa con cierta simpatía frente a la inflexibilidad y mayor rigidez de la accesoriedad de la garantía hipotecaria en los sistemas latinos, y subyace en no pocas modificaciones legales que propician un acercamiento a la garantía abstracta alemana, e incluso en algunos postulados de la pretendida armonización hipotecaria en el ámbito de la Unión Europea.

El Derecho inmobiliario inglés de encuentra fuertemente anclado en la tradición histórica, confluyendo tres ramas distintas del Derecho, el sistema de Derecho común, el sistema de la equidad y el sistema legislativo, especialmente en los últimos dos siglos, a remolque de la tradición jurisprudencial inglesa³⁴. El sistema de propiedad inglés es complejo, pudiendo, de forma simplista, distinguir entre pertenencias plenas y de duración indeterminada (*estates of freehold*) y pertenencias menos plenas o de duración determinada o determinable (*estates less than freehold*)³⁵. La propiedad puede estar o no registrada (*registered land* o, más exactamente, *land of registered title*, y *unregistered land*)³⁶. A su vez los derechos reales se dividen en *estates e interest*, representando los primeros la propiedad plena, aun cuando en realidad se hace referencia al pleno uso y control de la finca a pertenecer la totalidad de la tierra a la Corona; y los segundos a los llamados derechos reales limitados, entre los que se encuentran las servidumbres (*easements*), los convenios restrictivos sobre el uso de la propiedad (*restrictive covenants*), el derecho de opción (*option*) y la hipoteca (*mortgage*)³⁷.

³⁴ BAZ IZQUIERDO, F. (1981), El sistema hipotecario inglés: rasgos esenciales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 2, pp. 980-981. El *Common Law* nacido de la tradición local e integrado por la jurisdicción real, de origen medieval, se desarrolla a través de los tribunales de Derecho común, sirviendo de soporte a la implantación de un nuevo sistema de normas, la Equidad (*Equity*), p. 981.

³⁵ BAZ IZQUIERDO, F. *op. cit.* p. 985.

³⁶ ZURITA MARTÍN, I. (2015), “*Possession, sale y foreclosure* v. ejecución hipotecaria. Los derechos del acreedor hipotecario en el Derecho inglés y la protección de los deudores en tiempos de crisis”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 751, año 91, p.2739.

³⁷ ZURITA MARTÍN, I, *op. Cit.* pp. 3739-2740. En realidad el *estates* no supone propiedad plena porque se haya delimitado en el tiempo el uso por su titular de la propiedad, pudiendo distinguirse entre *fee*

La hipoteca o *mortgage* (prenda muerta) arrastra la tradicional concepción de la transmisión por el deudor de la propiedad a su acreedor, que será conservada por éste hasta tanto se salde la deuda, conservando el deudor el derecho redimir la hipoteca³⁸. La caracterización de la figura suponía la privación del uso de la finca al deudor, y la posibilidad de que el acreedor se apropiase de la misma ante el incumplimiento del deudor. Por ello, el derecho de equidad, suavizará sus contornos, en primer lugar, estableciendo el llamado derecho de redención, no sólo en la fecha fijada en el contrato (*legal date of redemption*), sino en un momento posterior a su vencimiento, mediante el abono del principal, de los intereses y gastos³⁹ (*equitable right to redeem*), considerándose nulos los pactos que anulen o restrinjan este derecho de equidad hasta el extremo de hacerlo de difícil o imposible ejercicio.

De igual manera y suavizando la posición del deudor hipotecario, la transmisión de la posesión que automáticamente comportaba la garantía inmobiliaria no se produce, sino a petición del acreedor, *right to possession*, que debe ejercitarse ante los tribunales, pudiendo el acreedor reclamar la posesión en cualquier momento, aun cuando las obligaciones que impone esta posesión otorgada al acreedor ha supuesto en la práctica que los acreedores no suelen solicitar la posesión sino para proceder a la venta de la finca⁴⁰.

En el caso de incumplimiento de la obligación garantizada, asiste al acreedor el derecho a ejercitar la acción personal como la acción real frente al deudor, y no existe además, limitación legal de la responsabilidad del deudor circunscrita al valor de la finca dada en garantía, al margen de los pactos que puedan alcanzarse. Si el acreedor ejercita la acción real sobre la finca

simple o *freehold* que atribuye al titular un uso permanente de la finca, frente al *leasehold* estate, o uso y control temporal de la misma.

³⁸ “La hipoteca es una modalidad de garantía, de origen contractual, que confiere la titularidad de un derecho real, legal o equitativo sobre propiedad personal o real, redimible o extingible mediante el pago de una suma de dinero prestada con o sin interés, o previo cumplimiento de la obligación, en todo caso pecuniaria, asegurada”, BAZ IZQUIERDO, F. *op. cit.* p. 999.

³⁹ ZURITA MARTÍN, I., *op. cit.* pp. 2743-2745

⁴⁰ Para SIMÓN MORENO, H. (2005), *La armonización de los derechos reales en Europa*, Tesis Doctoral, Universidad Rovira I Virgili, pp. 343-344., la equidad influenció y determinó en contenido de la *mortgage* a del principio “*once a mortgage always a mortgage*” que impide que una hipoteca sea irredimible u consagra la nulidad de los pactos que impidan o restrinjan hasta hacer imposible el derecho de redención del deudor; en segundo por el hecho de que ningún acreedor puede obtener una ventaja adicional de la hipoteca (*colateral advantage*); y por último a través de la *equity of redemption*.

garantizada, la nota más característica del Derecho inglés frente a la regulación de nuestro país, es la posibilidad de venta por el propio acreedor de la finca hipotecada. Esta venta no se supedita a la existencia de procedimiento judicial alguno, aun cuando sí a algunas formalidades referidas al previo requerimiento de pago al deudor y notificaciones a los acreedores que pudieren tener interés en la finca, sin cuya observancia la venta podrá ser atacada por los mismos. En todo caso se requiere el previo vencimiento de la obligación y el precio se destinará al pago de las cartas anteriores, de los gastos de la venta, de la obligación garantizada, y en último lugar, de existir remanente, se entregará al deudor⁴¹.

La venta se realiza sin someterse previamente a una tasación por órgano judicial o autoridad alguna, pero la venta queda sometida a la *equity*, es decir, el acreedor deberá obtener el mejor precio razonablemente posible en la venta (*The best price reasonably obtainable at the time of The proper price*⁴², de forma que el acreedor incurrirá en responsabilidad en caso de negligencia o dolo en la obtención del precio para la venta, dolo que podrá conllevar la redención de la hipoteca. Explica OLIVA BLÁZQUEZ que el acreedor hipotecario tiene que actuar con buena fe y honestidad, lo que implica que lo único que motivará la ejecución de la garantía es la satisfacción de su derecho de crédito y nada más, lo que no impedirá que coexistan otros

⁴¹ ZURITA MARTÍN, I., *op. cit.* pp. 2746-2747.

⁴² ZURITA MARTÍN, I., *op. cit.* pp. 2747-2748.

motivos diversos, al no exigirse “*purity of purpose*”⁴³. Por otra parte el deudor en cualquier momento puede solicitar la venta judicial⁴⁴.

El acreedor, como dijimos con anterioridad, puede en cualquier momento solicitar la posesión de la finca, reminiscencia de la tradicional concepción de la *mortgage* que, sin embargo, ha caído en desuso, al derivarse de dicha posesión la obligación del acreedor de rendición de cuentas. Por ello la posesión sólo suele utilizarse con carácter inmediato previo a la venta de la finca, aun cuando no sea requisito para la validez de dicha venta que el acreedor previamente haya obtenido la posesión de la finca. Asimismo, el acreedor puede nombrar un administrador como medio alternativo a la venta o conjuntamente con la misma, a fin de conseguir la recuperación de lo prestado⁴⁵.

⁴³ el acreedor hipotecario tiene que observar un especial deber de cuidado y prevención (*duty of care*). La jurisprudencia ha debatido repetidamente sobre la naturaleza jurídica de este “*duty of care*”. Para un sector se trataría de un “*duty of care un tort*” de naturaleza extracontractual, que podría dar lugar en su caso a una indemnización de daños por negligencia. Para otro sector, sin embargo, tal deber se deriva de los principios de equidad que gobiernan las relaciones entre acreedor y deudor hipotecario, no guardando ninguna relación con los *torts*. Aunque sigue siendo un problema dogmáticamente discutible, la doctrina jurídica considera mayoritariamente que esta segunda teoría es la más correcta, ya que se trata simplemente de un supuesto más en que la *equity* interviene para proteger al deudor hipotecario de posibles abusos. En cualquier caso, lo que sí está claro es que tal deber se deduce de la obligación de lograr lo que la jurisprudencia ha calificado como “valor de mercado real”, “precio apropiado” o “mejor precio que pueda razonablemente obtenerse en el momento de venta”. Incluso, tratándose de préstamos hipotecarios concedidos por un *Building Society*, la propia ley que regula estas sociedades establece claramente que estas deben “*take reasonable care to ensure that the Price at which the land is sold is the best Price that can reasonably be obtained*”, OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2014), *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 176-177.

⁴⁴ En el supuesto de que la venta no satisfaga la totalidad del derecho del acreedor, éste podrá ejercitar por la diferencia la acción personal frente al deudor para reclamar la diferencia. Como explica el profesor OLIVA BLÁZQUEZ, *op. cit.* pp. 194-196, la mayoría de las entidades hipotecarias agrupadas en torno al *Council of Mortgage Lenders* ha pactado de forma voluntaria no reclamar dichas deudas más allá del plazo de 6 años, general de prescripción de las acciones derivadas del incumplimiento del contrato., desde la toma de posesión y venta del inmueble. Además el acreedor debe informar al deudor, si pretende reclamar esta deuda, con suficiente antelación de la cantidad adeudada, y en todo caso, en el plazo máximo de 6 años, pudiendo en su defecto, el deudor hipotecario, acudir a la figura del “*Financial Ombudsman*” para solicitar su amparo: “se trata de una serie de prácticas financieras coherentes y sólidamente asentadas en el principio de la buena fe, cuya implantación evita que los prestamistas puedan hacer un uso injusto y abusivo del derecho que como acreedores tienen de exigir la restitución íntegra de la cantidad adeudada. Y en realidad, estas pautas de conducta elaboradas por la administración pública se limitan a recoger o plasmar en papel lo que, según Powell, es una práctica común entre las entidades prestamistas británicas: negociar con los prestatarios, tras concluir la venta, las condiciones de pago del resto de la deuda. A la vista del comportamiento y de las prácticas de algunas instituciones en nuestro país, resultaría más que conveniente que las entidades prestamistas alcanzaran acuerdos de este tipo con el fin de evitar que se presenten reclamaciones intempestivas y, en no pocos casos, claramente abusivas y contrarias a la buena fe”.

45 ZURITA MARTÍN, I. *op. cit.* p. 2756.

Junto con los anteriores derechos, posee el acreedor el de usar del llamado *foreclosure*, solicitud de adjudicación de la finca y con ello de extinción del derecho de redención, pero también de la deuda. El acreedor se adjudica la finca, extinguiéndose la hipoteca, pero también perdiendo todo derecho el acreedor a reclamar el *shortfall* o diferencia entre el valor de la finca y el importe de la deuda si aquella es inferior a esta. Se trata en esencia de una acción comisoria, si bien sujeta a la ausencia de postores que se adjudiquen la finca y que requiere de intervención judicial⁴⁶.

El deudor, por su parte, junto con el derecho de redención, goza de importantes derechos o remedios para evitar el desahucio, entre los que destaca la posibilidad de alegar defectos formales en el título, satisfacción del crédito, compensación, vicios o defectos en el contrato de préstamo como *undue influence*, *unconscionable bargains*, *misrepresentation mistake o unfair terms*⁴⁷. Junto a ello el juez podrá ordenar la suspensión por plazo determinado de la *repossession* cuando la falta de pago se deba a problemas económicos coyunturales⁴⁸.

Herederio del sistema inglés del *Common Law* es el sistema norteamericano, aun cuando su evolución posterior, y especialmente la primacía en todo caso de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre particulares de un lado, y la identidad normativa propia en esta materia de cada uno de los Estados integrantes de la Unión, conforman sus notas características propias⁴⁹. Al margen de la complejidad de la investigación de

⁴⁶ El Tribunal puede ordenar en el curso de la orden de *foreclosure* la venta de la finca, si existen acreedores posteriores o evidencias de que el valor de la finca es superior al importe de la deuda, por lo que los límites del ejercicio de este derecho residen precisamente en la proscripción del enriquecimiento injusto.

⁴⁷ ZURITA MARTÍN, I. *op. cit.* p 2745.

⁴⁸ Junto a ello se señala por ZURITA MARTÍN la existencia de una importante cobertura social de viviendas y de remedios públicos para proveer a los deudores necesitados en el caso de desahucio, cuyo ámbito subjetivo se demuestra más amplio que el de nuestros deudores vulnerables, como también más consolidada la red pública de viviendas.

⁴⁹ MIRALLÉS MARCELO y DAZA IZQUIERDO, (2013), "Sistemas hipotecarios y dación en pago", *Boletín de la Real Academia de Extremadura de las Letras y las Artes*, Tomo 21, pp. 283-284, explican que existen distintos tipos de hipoteca en Estados Unidos, destacando las siguientes: -hipoteca normal, regular o convencional *mortgage*, tratándose de hipotecas en las que existen dos partes, acreedor y deudor y que se constituyen en garantía de créditos, con o sin transmisión de títulos, según el Estado en que se realicen; -*deed of trust*, en la que el deudor transmite la propiedad al *trustee* de forma que si la deuda se paga la propiedad se devuelve, y en caso de impago el *trustee* realiza la garantía en nombre y beneficio del acreedor; -reverse annuity mortgage, destinada a deudores con pocos recursos, en la que

cargas de la finca debido a la insuficiencia del sistema registral estadounidense, la hipoteca sigue partiendo del concepto inglés de transmisión de la propiedad al acreedor hasta que el deudor pague la deuda. Como explica DE LA PUENTE ALFARO⁵⁰, el derecho de redención del deudor es tan importante que todo el sistema gira en torno a él⁵¹, hasta el punto de que ejecutar, *foreclosure*, significa el derecho del acreedor a impedir el de redención del deudor. Su ejercicio va a requerir el previo requerimiento de pago del deudor, transcurrido el cual puede solicitar el mismo la ejecución, que podrá realizarse tanto en venta pública, realizada, impulsada y dirigida por el acreedor, cuando hay pacto expreso o prevención legal en el Estado correspondiente⁵²; a través del procedimiento judicial correspondiente⁵³; o finalmente ejercitando el *strict foreclosure*, que tras conceder un período de gracia al deudor para redimir la hipoteca, concluye con la adjudicación de la propiedad al acreedor⁵⁴.

El funcionamiento de la hipoteca en Alemania⁵⁵ es tributario de la concepción del Derecho hipotecario en dicho país, que ha pretendido dar prevalencia en todo caso a la protección de la apariencia⁵⁶ a través de la

el propietario recibe una cantidad mensual, debiéndose el principal únicamente en caso de fallecimiento o venta de la finca; *-conforming mortgage loans*, o hipotecas garantizadas por los propios EEUU por lo que ante el incumplimiento del deudor la hipoteca es abonada por la Agencia Federal correspondiente.

⁵⁰ DE LA PUENTE ALFARO, F. (2002), “La eficacia de los derechos reales, con especial atención al de hipoteca, en los Estados Unidos de América. Un caso concreto: el condenado de *Dane, Wisconsin*”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 674.

⁵¹ El derecho de redención puede ser de equidad o legal. El primero evita la enajenación de la finca en tanto el segundo permite la recuperación una vez enajenada, mediante el pago de lo obtenido en subasta, a modo de tracto o recobro, DE LA PUENTE ALFARO, *op. cit.* p. 35.

⁵² Sistema más barato y rápido, pero a su vez, más vulnerable, porque el deudor puede impugnar la venta por falta de las notificaciones y audiencias precisas, o porque el precio obtenido en la venta no sea justo, DE LA PUENTE ALFARO, *op. cit.* p. 33.

⁵³ Señala el autor citado, que tampoco este sistema evita la infravaloración del bien, no existiendo un precio fijado de inicio en la venta judicial.

⁵⁴ Se precisa en todo caso de intervención judicial. Sostiene DE LA PUENTE ALFARO, que no existe derecho del deudor a la dación en pago de la finca, que cuando se produce es el resultado de una transacción extrajudicial entre acreedor u deudor, por la cual se transmite al primero la propiedad de la finca, renunciando el acreedor a la acción de pluspetición sobre el resto no cubierto por el valor del inmueble.

⁵⁵ Usaremos, en sus líneas maestras, el monumental trabajo de WESTERMANN, H. y vv.aa. (1998), *Derechos Reales, Volumen II*, 7ª ed., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, traducido por CAÑIZARES LASO, A., MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. y RODRÍGUEZ-ROSADO, B.

⁵⁶ Sostiene GORDILLO CAÑAS, A. (1994), “Las peculiaridades de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica”, *Anuario de Derecho Civil*, p. 28, que Alemania se excedió queriendo hacer coincidir a la apariencia con la realidad hasta subordinar ésta al instrumento que la publica.

eficacia constitutiva de la inscripción en el Registro de la Propiedad y de la protección de la adquisición amparada en el Registro⁵⁷, de un lado, así como a través de la disociación entre el negocio causal de transmisión y el acuerdo traslativo, unido a un rígido sistema de *numerus clausus* de derechos reales relacionado con el sistema de inscripción registral⁵⁸.

Tanto la hipoteca del propietario *Eigentümer-grundschuld* o *Eigentüemrhypothek* como la deuda o carga inmobiliaria, *Grundschuld*, se consideran paradigma de la desvinculación de la hipoteca respecto del crédito garantizado, de la abstracción de la hipoteca como derecho de garantía. La hipoteca del propietario hace referencia a la confluencia en un solo sujeto de la titularidad del derecho real de propiedad y el derecho real de garantía. Se configura como un derecho real limitado en cosa propia.

La *Grundschuld* se caracteriza por ser un gravamen real que se considera doctrinalmente como no accesorio, de un bien inmueble que persigue la realización concreta de una suma de dinero por el mismo. Para el nacimiento de la hipoteca se precisa del cumplimiento del doble requisito: de un lado del contrato (de préstamo) obligacional que vincula de forma exclusiva a acreedor y deudor y sin efectos respecto de terceros (*Sicherungsabrede*), y del acuerdo jurídico real por el que de modo abstracto y desvinculado del crédito se crea la hipoteca. Es este acuerdo el que accede al Registro y se inscribe, naciendo con la inscripción la hipoteca. Por tanto no existe relación

⁵⁷ Para LACRUZ BERDEJO, J.L. *op. cit. Elementos de derecho civil*, p. 19: “Lo característico del Registro alemán es que garantiza sus manifestaciones: el que adquiere de quien aparece en el Registro como dueño de la finca, adquiere válidamente, y se hace dueño, a su vez, aunque el dato que publica el folio sea erróneo. Claro que en Alemania la inscripción coincide casi siempre con la realidad. Ello se debe al modo de adquirir los derechos reales mediante acuerdo abstracto de inscripción”.

⁵⁸ “Pretende el sistema germánico obtener a todo trance la seguridad del tráfico, y dando fácil ocasión a la crítica, sacrifica a ella la sencillez y agilidad del mecanismo transmisivo. Pretende que sea el Registro el artífice de tal seguridad, y adopta cuantos medios se ofrecen para aproximar realidad y Registro y para reducir a éste al máximo de claridad y brevedad posibles. Sabemos en qué se traduce una tal opción de fin y elección de medios. En el desdoblamiento entre el contrato de finalidad transmisiva y el acuerdo traslativo, y en la independización de éste respecto de aquél; en la elevación de la inscripción a elemento constitutivo de las adquisiciones negociales inter vivos, de tal forma que lo no inscrito no es que no sea oponible a tercero, sino que radicalmente no existe; y, finalmente, en el sometimiento de los derechos reales a un rígido *numerus clausus* que al mismo tiempo impone la fidelidad al tipo, uniformando los derechos que entran en el tráfico inmobiliario, facilita la sencillez instrumental del Registro”, GORDILLO CAÑAS, A., Las peculiaridades de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica, *op. cit.* p. 73-74.

de causalidad entre la hipoteca (registral) y el contrato subyacente, de forma que la hipoteca, *Grundschild*, funciona como entidad *abstracta* y sin conexión a un crédito determinado⁵⁹. Por ello para se hace preciso pactar un documento de seguridad independiente de la hipoteca y a su vez del préstamo donde constan las condiciones de la ejecución⁶⁰. La conexión causal entre la *Grundschild* y el contrato garantizado se rige por el derecho de obligaciones, es decir, por la existencia de un acuerdo expreso entre las partes que vincula la hipoteca a la garantía de una determinada obligación, lo que ha llevado a mantenerse que en esta hipoteca registral la accesoriedad es de carácter contractual⁶¹.

Explica DIÉGUEZ OLIVA⁶² que son las partes, a través de la *Sicherungsabrede* o contrato de aseguramiento quienes concretan la relación entre el crédito y el gravamen y los medios de defensa de que dispondrá el propietario del inmueble frente al titular o acreedor en el supuesto de realización de la *Grundschild*. En principio, la *Grundschild* sólo es objeto de inscripción registral en relación a la cuantía del principal, de los intereses pactados y del acreedor de la misma. Pero precisamente por la trascendencia de la relación obligacional que las partes han dado a los pactos convenidos en la *Sicherungsabrede*, pudiendo fijar en dicho acuerdo las excepciones oponibles que pueden afectar a tercero, son objeto de inscripción en el Registro otros pactos y acuerdos que para la seguridad del tráfico han de ser oponibles a tercero⁶³

De todo ello se desprende que el deudor no podrá discutir en el procedimiento de ejecución las cuestiones relativas a la deuda. Estas se

⁵⁹ TOURINÁN MORANDEIRA, M.T. (2014), “La hipoteca en Europa desde una perspectiva formal. Fase estática o de constitución y fase dinámica o de ejecución. La hipoteca en USA”, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 353-359.

⁶⁰ Cuando se habla de la flexibilización del dogma de la accesoriedad de la hipoteca se hace referencia junto con la hipoteca *Grundschild*, a la hipoteca del propietario, *Eigentümerhypothek*, y a la deuda inmobiliaria del propietario, *Eigentümergrundchild*, supuestos en que se constituye e inscribe la hipoteca sin existencia actual del crédito que garantiza, lo que viene a suponer una reserva o patrimonialización del rango hipotecario.

⁶¹ SIMÓN MORENO, *op. cit.* pp. 665-666.

⁶² DIÉGUEZ OLIVA, R. (2009), *El principio de accesoriedad y la patrimonialización del rango*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 55-56.

⁶³ DIÉGUEZ OLIVA, R., *op. cit.* pp. 94-95.

ventilan en un procedimiento sobre el fondo, distinto del procedimiento de ejecución. Y para relacionar ambos se acude, de un lado, a la anotación en el registro de la demanda de oposición, y de otro a la posibilidad de dictar la orden de suspensión de la ejecución por el juez que está conociendo de las causas de oposición⁶⁴.

En el caso de que el crédito subyacente al que se vincula la deuda inmobiliaria no nazca o carezca de validez e incluso se extinga ambas, *Sicherungsabrede* como *Grundschild* serán válidas, aun cuando el propietario podrá instar la retransmisión de la *Grundschild*, su cancelación e incluso una acción de enriquecimiento sin causa⁶⁵.

Por último, debemos reseñar una corrección del sistema alemán en sede ya de adjudicación referida al valor del inmueble, requiriéndose una previa tasación así como existiendo un valor mínimo de adjudicación al acreedor de la finca cuando no hay postores (como en nuestro artículo 671 de la LEC), si bien dicho valor puede ser impugnado por cualquiera de los acreedores del deudor que entienda que su crédito puede verse menoscabado por una minusvaloración del valor de adjudicación⁶⁶.

⁶⁴ TOURINÁN MORANDEIRA, M.T., *op. cit.* p. 367. Observamos una notable semejanza con el funcionamiento de nuestra oposición a la ejecución en relación con el artículo 698 de la LEC (aun cuando en el procedimiento español no siquiera se permite la suspensión de la ejecución hipotecaria por prejudicialidad civil). Y ello a pesar de que nuestro derecho de cosas no tiene como base la abstracción registral del negocio causal, sino antes bien, los derechos reales nacen y funcionan a través de la teoría del título y el modo, y como hemos visto, incluso en el caso de la inscripción de la hipoteca, el ámbito registral se limita a la protección de la apariencia. Así lo entiende GORDILLO CAÑAS, Las peculiaridades de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica, *op. cit.*, p. 43-45, señalando que “podemos hoy hablar de un sistema registral original y propio, que conjuga la necesidad de protección del tráfico (protección de tercero de buena fe en el lenguaje y en la realidad de nuestras leyes) con los que eran y siguen siendo los pilares básicos de nuestro Derecho, el espiritualismo contractual, el sistema del título y el modo, y el consiguiente influjo de la causa o título en la constitución y traslación de los derechos reales. Espiritualismo y causalismo, como exigencia realista en la relación inter partes pero que ceden ante la buena fe cuando hace su aparición la figura del tercero”.

⁶⁵ DIÉGUEZ OLIVA, R. *op. cit.* pp. 75-76. En los casos de extinción de la relación crediticia originaria la hipoteca continúa vigente para el acreedor, por lo que surge un derecho del titular propietario a reclamar del acreedor la restitución de la misma, la denominada *Rückgewähranspruch* ya que, a fin de que proceda a su cancelación bien o para que pueda el propietario utilizarla para otras relaciones crediticias.

⁶⁶ TORUÍNÁN MORANDEIRA, M.T., *Op. Cit.* pp. 373.

Capítulo 2.

NOTAS PRELIMINARES SOBRE EL DERECHO REAL DE HIPOTECA: SIGNIFICADO Y FUNCIÓN.

2.1. La hipoteca: significación y concepto

Antes de adentrarnos en las características del título ejecutivo que da lugar al despacho de la ejecución hipotecaria, debemos hacer una referencia a la propia garantía real inmobiliaria, pues este procedimiento al que nos referimos únicamente puede promoverse cuando se dirija la ejecución exclusivamente contra los bienes pignorados o hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda (artículo 682 de la LEC); por tanto, es presupuesto de la ejecución hipotecaria que la deuda se halle garantizada por hipoteca y que el procedimiento sólo se siga contra dichos bienes hipotecados (o, en su caso, pignorados).

Tras acercarnos a la definición de la garantía real por excelencia deberemos hacer un repaso a su naturaleza jurídica, muy discutida doctrinalmente. Para nosotros concurren en la garantía hipotecaria los elementos caracterizadores de todo derecho real, si bien ha de resaltarse su específica *causa* de garantía de una obligación principal, para analizar el funcionamiento en la fase de ejecución de la misma.

No se trata por tanto de un mero posicionamiento sobre la cuestión debatida. El objeto de este acercamiento es entender su especial naturaleza jurídica y su relación con el crédito o préstamo objeto de garantía.

El artículo 682 de la LEC al describir el ámbito del procedimiento de ejecución hipotecaria, indica en primer lugar, que la ejecución se ha de dirigir exclusivamente contra los bienes pignorados o hipotecados. Dirigir un procedimiento *contra* los bienes hipotecados y no *sobre* los bienes hipotecados, parece que sugiere que no nos encontramos ante un auténtico procedimiento

inter partes, contradictorio, sino ante un *procedimiento de realización de valor del bien*, como se define tradicionalmente por la jurisprudencia y parte de la doctrina, lo que vendría a justificar la restricción de los motivos de oposición, y la falta de real condición de demandado del ejecutado⁶⁷.

Lejos, sin embargo, de quedarse en dicha definición, como ya hiciera el precedente artículo 129 de la Ley Hipotecaria⁶⁸, el precepto introduce la concatenación de la ejecución *a la deuda por la que se proceda*. Es la misma formulación que observamos en el artículo 681 de la Ley, que se refiere expresamente a que el procedimiento se utiliza para *exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca*, reforzada por el artículo 685 de la LEC al exigir que la demanda ejecutiva se *dirija frente* al deudor y, en su caso, frente al ejecutante no deudor y al tercer poseedor de los bienes hipotecados, cuando se hubiese acreditado tal adquisición al acreedor de los bienes.

Nuestra actual ley procesal concibe el procedimiento de ejecución hipotecaria como una especialidad del procedimiento de ejecución ordinaria, al que se remite en bloque para lo no previsto en el mismo. Procedimiento de

⁶⁷ Recordemos la STC 41/1981 de 18 de diciembre (ROJ: STC 41/1981) a la que se remite, ya bajo la regulación actual de la LEC 1/2000, el auto del TC nº 113/2011 de 19 de julio, que define el procedimiento de ejecución hipotecaria como, “procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición”. Una parte de la doctrina también ha entendido que se trata de una acción dirigida contra los bienes y no contra el propio ejecutado. Para PUIG BRUTAU “La acción real hipotecaria se dirige de manera directa y exclusiva contra los bienes hipotecados y siempre está incorporada a un título ejecutivo”, PUIG BRUTAU, J. (1989), *Compendio de derecho civil, volumen III*, Edt. Bosch, pp. 459. Claramente Eduardo BAENA RUIZ, referido al procedimiento del artículo 131 de la LH: “no se le niega la condición de parte al acreedor, pues es llano que insta la actuación del juez. Donde el problema se enturbia, como henos adelantado, es en el lado pasivo, pues ya no resulta, dada la especial naturaleza del procedimiento, que la actuación judicial se postule frente a alguien, pues lo que se solicita es la venta de la finca pero no una resolución declarativa de derecho o condenatoria de alguien, si bien también es cierto, que siempre va a existir un soporte personal en función del crédito que dio lugar a la hipoteca o por la especial relación con el bien hipotecado que va a posibilitar que alguna “persona” pueda oponer objeciones a la ejecución instada por el acreedor o tenga que defender algún interés en ella”, BAENA RUIZ, E. (1999), “Las partes en el procedimiento del artículo 131 de la LH. Especial referencia al ejecutado y a su régimen jurídico. Intervención de terceros”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 23, CGPJ, Madrid, pp. 25-26.

⁶⁸ La redacción del art. 129.1 de la LH anterior a la entrada en vigor de la LEC 1/2000 era la siguiente: “La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio al procedimiento judicial sumario que se establece en el artículo 131 de esta Ley, sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes”. La disposición final 9ª de Ley 1/2000 de 7 de enero da nueva redacción al número 1 del art. 129: “La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su capítulo V. Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario”

ejecución que principia con demanda, que exige que la misma se dirija contra el ejecutado u obligados al pago de la deuda, y que instaura, aun cuando con las limitaciones derivadas de la naturaleza de cada uno de los títulos ejecutivos del artículo 571 de la LEC, el principio de contradicción a través del incidente de oposición a la ejecución⁶⁹.

A nuestro juicio, la función de garantía de la hipoteca es la base de su definición, de su funcionamiento y de su relación con el título ejecutivo, por lo que si queremos analizar la génesis del título y su fuerza vinculante debemos asimismo tomar en consideración la funcionalidad ejecutiva que el título conlleva.

Conclusiones estas sobre las que volveremos al analizar el procedimiento, pero que debemos traer aquí para comprender la naturaleza de la propia garantía real, de su relación de accesoriedad con el contrato garantizado y la subordinación o conexión que ambos contratos, el garantizado y el de garantía real, tienen en el desenvolvimiento de la ejecución de la garantía.

⁶⁹ Sin ánimo de exhaustividad, el artículo 538 de la LEC en sede de ejecución ordinaria dispone que “*son partes en el proceso de ejecución la persona que piden y obtienen el despacho de la ejecución y la persona o personas frente a las que ésta se despacha*”; el artículo 549 impone la obligación de que la ejecución se inicie con demanda; y el artículo 553 de la LEC exige en todo caso el traslado y notificación del auto de despacho de ejecución, del decreto del Letrado de la Administración de Justicia y de la copia de la demanda ejecutiva al ejecutado, aun cuando sin citación o emplazamiento, tratándose tanto de los casos en los que procede el requerimiento de pago como de aquellos en los que no procede y la ejecución implica automáticamente la adopción de las correspondientes medidas ejecutivas, y ello con la finalidad de que se persone en el procedimiento en cualquier momento del mismo *entendiéndose con él, en tal caso, las ulteriores actuaciones*. Precisamente el Tribunal Constitucional en sus reiteradas resoluciones referidas tanto al procedimiento sumario del ya derogado artículo 131 de la Ley Hipotecaria, como al actual procedimiento de ejecución hipotecaria ha reiterado la trascendencia del acto de notificación al deudor, hasta el extremo de ordenar una interpretación *secundum constitutionem* del artículo 686 de la LEC que propició su modificación legal por Ley 19/2015 de 13 de julio, sobre la que volveremos seguidamente. Pese a lo cual, continúa el propio Tribunal Constitucional definiendo al proceso de ejecución hipotecaria como mero proceso de realización de valor con posibilidad de oposición diferida al declarativo ulterior que pudiere promoverse, sin ahondar en el importante cambio conceptual del procedimiento en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil respecto de la regulación precedente.

2.1.1. Concepto de hipoteca

La mayor parte de los autores aventuran una definición de la hipoteca que viene a comprender en ella las notas fundamentales de sus caracteres descriptivos. Así Manuel ALBADALEJO la define como un “derecho que, como su nombre indica, recae sobre un inmueble, que no pasa a posesión del acreedor, y que, como todos los derechos reales de garantía, asegura el cumplimiento de una obligación facultando a su titular para, si es incumplida, promover la venta del inmueble gravado, y cobrarse aquella sobre el precio que den por éste”⁷⁰. Entre sus notas destaca que es un derecho de constitución registral, que requiere la inscripción en el Registro de la Propiedad para su nacimiento⁷¹, resaltando como nota característica el llamado *ius distrahendi*, o poder del acreedor de instar la venta de la finca dada en hipoteca para con su producto cobrarse la deuda.

Como derecho real de garantía, de los que denomina derecho de realización de valor, definen DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN a la hipoteca, resaltando su nota de accesoriedad, a la que posteriormente realizarán ciertas matizaciones, respecto de la obligación garantizada: “La hipoteca es un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles, y que asegura el cumplimiento o la satisfacción forzosa de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de llevar a cabo la realización del valor de aquellos, enajenándolos y percibiendo su precio a través del procedimiento legalmente establecido y cualquiera que sea en ese momento su poseedor o propietario”⁷².

La publicidad es para estos autores una de las notas características de la hipoteca, en tanto al contrario de otras garantías reales (la prenda) no se produce desplazamiento de la posesión, y el deudor conserva no sólo la posesión de la finca dada en garantía, sino la disponibilidad completa sobre

⁷⁰ ALBADALEJO, M (2010), *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, Edisofer S.L., Madrid, p. 745.

⁷¹ ALBADALEJO, M. *op. cit.* p. 746.

⁷² DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1988), *Sistema de Derecho Civil, Volumen III*, Edit. Tecnos, Madrid, p. 484.

la misma. A fin de evitar cargas ocultas la publicidad se erige como elemento esencial de la hipoteca, volviendo a reiterar que se trata de un derecho “de constitución registral y que la inscripción en el Registro de la Propiedad tiene carácter constitutivo”⁷³.

La publicidad registral no va a limitarse únicamente a la descripción de la garantía y a la identificación del bien, sino que se extenderá a las obligaciones que resultan garantizadas, que deberán acceder al Registro en protección de los adquirentes del bien hipotecado, que deben conocer en todo caso la responsabilidad que asumen con la adquisición del bien sujeto a la garantía real.

Descriptiva es también la definición de la hipoteca para Carlos LASARTE ⁷⁴ “como derecho inscrito en el Registro de la Propiedad que otorga la sujeción inmediata de ciertos bienes inmuebles ajenos que, continuando en posesión de su dueño, quedan afectos en garantía al cumplimiento de una obligación principal, y eventualmente a su venta o adjudicación en subasta pública.”

Para DÍAZ FRAILE, las notas que caracterizan a la hipoteca son la condición de derecho real de garantía, derecho de realización de valor, que en todo caso ha de recaer sobre bienes inmuebles: “la hipoteca inmobiliaria es, en esencia, un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles, y que asegura el cumplimiento y la satisfacción forzosa de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de llevar a cabo la realización del valor, enajenando los bienes y percibiendo su precio, a través del procedimiento legalmente establecido y cualquiera que sea en tal momento el poseedor o propietario de los mismos”⁷⁵.

E igualmente, como derecho real de garantía de los llamados de realización de valor, para Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS se trata de un “derecho real de garantía, de los de realización de valor, constituido

⁷³ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *op. cit.*, p. 485.

⁷⁴ LASARTE, C., *op. cit.*, p. 40.

⁷⁵ DIAZ FRAILE, J.M (2000), *Ejecución sobre bienes hipotecados*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, p. 44.

sobre bienes inmuebles y caracterizado porque no hay desplazamiento de la posesión, sino sujeción registral”⁷⁶.

LACRUZ BERDEJO resalta el carácter de derecho real de garantía de la hipoteca, con sus notas de accesoriedad y reipersectoriedad:

“Los contratos típicos de garantía real son, fundamentalmente, la prenda y la hipoteca (la anticresis, menos frecuente). Si se conceden por el mismo deudor estas garantías, dan lugar, sobre la cosa gravada, a una responsabilidad cualitativamente diversa de la ordinaria y adicional a ella, objetivada en la cosa como si esta se independizase del acervo de bienes de su dueño y constituyera un patrimonio autónomo responsable de una sola deuda; y si se concede por un tercero sujetan a la responsabilidad nuevamente, en esa misma forma, una cosa que hasta entonces estaba libre de tal responsabilidad. En todo caso, surge de ellas un verdadero y propio derecho real sobre la cosa gravada. Además, la prenda y la hipoteca no sólo comportan reipersecutoriedad, sino que son también causa de prelación, como recuerda el Código Civil en los artículos 1922 y siguientes”⁷⁷.

Las definiciones expuestas caracterizan en todo caso a la hipoteca como derecho real. Pero no es ni ha sido pacífica su consideración como tal, siendo esta tesis contestada doctrinalmente desde los posicionamientos personalistas u obligacionistas sobre los derechos reales, como desde visiones procesalistas, que ven en la hipoteca un mecanismo procesal de satisfacción del crédito del acreedor, o incluso desde la consideración de la hipoteca como carga real u *obligatio rei*⁷⁸.

⁷⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., (1999), *Derechos reales, Derecho Hipotecario, Tomo II*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, p. 110.

⁷⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L. (1981), “La causa en los contratos de garantía”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 57, n° 544, pp. 724-725.

⁷⁸ Desde Pothier suele diferenciarse entre derecho real y personal, configurando al primero como *ius in rem* frente al segundo caracterizado como *ius ad rem*. Si el primero atribuye un poder pleno, directo e inmediato sobre la cosa, oponible *erga omnes*, el segundo requiere en todo caso la actuación del deudor, el comportamiento del mismo para el ejercicio del Derecho, que sólo puede ser exigido frente al deudor. GÓMEZ DE LA SERNA, P. (1862), *La Ley Hipotecaria, Tomo I*, Revista de Legislación, Madrid, pp. 282-283, entendía que la distinción se hallaba en el propio ser de la cosa, siendo aplicable a todos los ordenamientos jurídicos: “el derecho real sujeta directa e inmediatamente la cosa a la persona sin que requiera el cumplimiento de un hecho, o la entrega de una cosa por parte de otro (...): tiene por tanto

facultad de reclamar contra el que sea detentador de la cosa y contra toda persona que de cualquier modo le impida el ejercicio de su derecho. No sucede lo mismo con el derecho personal. Este se limita a la facultad de exigir la prestación de una cosa o de un derecho a persona o personas determinadas, pero no nos da un poder directo e inmediato sobre lo que se nos debe, sino que tenemos necesariamente que reclamar de la persona que nos está obligada individualmente, para que se lleve a efecto y a su consumación la obligación contraída”. Estas notas características de distinción entre derecho real y personal conforman la llamada teoría clásica, con importantes defensores en la actualidad, como O’CALLAGHAM, X. (2004), *Compendio de derecho civil, Tomo III*, EDESA, Madrid, que sigue definiendo al derecho real como “el poder, otorgado por el Ordenamiento jurídico, inmediato y absoluto sobre una cosa, que implica en su titular un señorío pleno o parcial sobre la misma (...) al que acompaña un deber de abstención o respeto de tal poder por parte de todos, deber que tiene más consideración de público que de privado, civil e integrante del concepto de derecho real”. Para GIORGIANNI, M. (1967), “Los derechos reales”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 458, pp. 9, la “doctrina dominante encuentra el fundamento de esta distinción en la presencia de las dos categorías citadas, de unas características diversas y contrapuestas. Mientras que los derechos de crédito el poder del acreedor es mediato, en cuanto que la consecución del bien no es garantizada por el ordenamiento jurídico mediante una potestad sobre el mismo, sino únicamente a través del trámite (de la actividad) del deudor, y relativo, en cuanto que se ejercita y corresponde sólo frente a una persona determinada, el deudor; en los derechos reales, en cambio, el poder concedido al titular posee las características de inmediatividad sobre la cosa objeto del derecho y de absolutividad.

La distinción entre derecho real y derecho personal tiene su raíz en la distinción en el derecho romano de las llamadas *actio in rem* y *actio in personam*, que, en palabras de LACRUZ BERDEJO, J.L. (2003), *Elementos de derecho civil, III, Derechos Reales*, LACRUZ BERDEJO, J.L., et. alt., Dykinson, Madrid, no suponía que en la mente del jurista estuviere ausente la categoría del derecho sustancial, aunque no es hasta las primeras codificaciones, a través de la escuela del Derecho natural, cuando la distinción adquiere contornos precisos y normativa propia. La distinción entre *actio in personam* y *actio in rem* se basaba en que existiera o no una pretensión del demandante y una obligación del demandado. “Así, las acciones personales, dirigidas frente a la persona concreta y determinada del deudor, cuyo nombre aparecía ya en la *intentio* en el procedimiento formulario del Derecho clásico, contenían una condena a la realización de una conducta, a la que previamente el demandado se hallaba obligado. Todo lo contrario sucedía en las acciones reales, dirigidas a la defensa de la pertenencia o integridad de una cosa frente a cualquiera que, no ligado con el demandante por una previa obligación, entorpecía su disfrute”, BARBER CÁRCAMO, R. (2008), “La eficacia de los derechos patrimoniales”, *Anuario de Derecho Civil*, p. 1219.

Desde tesis sociológicas y filosóficas del Derecho se discutió esta diferenciación entre derecho real y personal. KANT, E. (1873), *Principios metafísicos del derecho*, Traducción G. Lizarraga, Madrid, pp. 85-86, discutía una relación entre persona y cosa, existiendo únicamente relaciones interpersonales: “Es, pues, absurdo suponer la obligación de una persona respecto de una cosa y recíprocamente, aunque sea muy admisible hacer sensible una relación jurídica mediante esta imagen”. Se descarta la primera nota definitoria de los derechos reales contenida en la teoría clásica en tanto toda relación jurídica conlleva una actividad o conducta humana, sea esta positiva o negativa, por lo que no existe relación directa de las personas y las cosas. SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1981), *Estudios de derecho civil, Tomo III, 2ª ed., Sucesores de Rivadeneira, Madrid*, p.7, sostiene que “todo derecho, en el propio sentido de la facultad que venimos usando, es correlativo de una obligación de cuyo cumplimiento se deducen las notas de su utilidad y eficacia; pero esta obligación es de dos especies: general o individual. General, en cuanto todos los asociados están en posición de respetar, de no oponer trabas al ejercicio de los demás; individual, porque existen relaciones jurídicas en las cuales, además de esta obligación colectiva, producto sólo del hecho social, concurre una particular y concreta que pesa sobre un sujeto determinado, a quien únicamente es imputada y referida, el cual ha de realizar ciertos actos, sin los que no se lograría la efectividad del derecho, o no se cumplirían los fines jurídicos para los que se estableció la relación (...). La prestación colectiva es propiamente pasiva, de puro respeto, de mera abstención, genérica, indirecta y tácita; la prestación individual es afirmativa, directa, específica y expresa. Ahora bien: prescindase de la obligación general y colectiva, corolario preciso del hecho social que concurre en todas las relaciones jurídicas y es condición necesaria al goce y desarrollo de toda clase de derechos y se apreciará perfectamente la diferencia”. Se trata de una concepción contractual del derecho de propiedad, en palabras de MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (2011), “Derechos reales y titularidades reales”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 736, pp. 772-773, de raigambre anglosajona, que “concibe el Derecho patrimonial en términos de derechos y deberes, y el deber de indemnizar el daño causado por el incumplimiento de un contrato deriva del deber previo de cumplimiento del mismo. Del mismo modo, existe un deber que incumbe a las personas en general de no dañar la propiedad, y, correlativamente, un derecho de los propietarios en relación con las personas en general, que forma parte del contenido del derecho de propiedad. En consecuencia, es una *actio in personam* la que protege el derecho de propiedad, que, por lo tanto, no sería un *ius in rem* sino un *ius in personam* y concretamente, un racimo

de derechos –*bundle of rights* –en relación al uso de las cosas, de modo que la clásica distinción entre derechos reales y personales, se diluye, para existir solamente *iura in personam*”.

Al mismo tiempo que se niega el poder inmediato sobre la cosa, las tesis obligacionistas atacan la noción de derecho real desde el segundo de los elementos caracterizadores del mismo: la oponibilidad *erga omnes*. Estructuralmente no existe diferenciación entre derecho real y personal, sino en cuanto al desenvolvimiento del derecho: el derecho real tiene un titular de carácter exclusivamente negativo, referido al deber de abstención de todos, a excepción del titular del derecho, al que no vincula este deber general de abstención; en cambio en el derecho persona existe un sujeto pasivo concreto obligado y un contenido positivo o negativo del derecho, caracterizado por el contenido de la prestación. La configuración del derecho real como derecho de obligación frente a cualquier tercero para que observe una conducta de abstención conduce a que la única distinción entre derecho real y personal se refiera a la extensión de los sujetos pasivos de dicha obligación: frente a todos los consonciados para exigirles la abstención en el derecho real; frente al deudor, en el caso del derecho personal.

La crítica a la teoría obligacionista se produce por la configuración de los derechos como poder de exclusión. En múltiples situaciones no existe una violación del derecho, pero sí el disfrute de la cosa. Como explica BARBER CÁRCAMO, *op. cit.*, p.1224, “el deber general de respeto, o la obligación pasiva universal, no constituye el envés de un derecho: nadie incluye entre su haber el derecho a exigir el respecto a sus titularidades jurídicas, ni en su pasivo la obligación de respetar los derechos ajenos. Sólo cabe identificar el contenido y la naturaleza de los derechos a partir de los poderes que confieren a sus cotitulares, y la obligación pasiva universal no se encuentra en esta órbita, sino que es presupuesto, un *prius* sobre el que se asienta el ordenamiento mismo”. Se negará la asimilación de la eficacia *erga omnes* del derecho real con el deber de respeto general a la totalidad de las situaciones jurídicas, incluidas las derivadas de un derecho de crédito, porque el incumplimiento de este deber general en el caso de los derechos personales, no comporta una acción de resarcimiento del daño causado que se fundamente en el contrato sino en el contenido genérico del principio *nemimen laedere* o responsabilidad extracontractual, título diferente, en todo caso, de aquel del crédito vulnerado: “La oponibilidad del contrato no es sino otra forma de afirmar el deber general de respeto por las situaciones y derechos ajenos. Frente a la vinculación directa del contrato que como fuente de obligaciones permite al acreedor exigir una conducta o un deber de abstención del deudor, la oponibilidad de aquel no comporta sino la obligación general de abstención y no vulneración de los derechos ajenos, y nos conduce de nuevo al ámbito de la responsabilidad extracontractual”, BARBER CÁRCAMO, *op. cit.* p.1229.

Las últimas teorías doctrinales se basan en la compatibilidad de las anteriores, teorías eclécticas, que distinguen entre aspecto interno y aspecto externo del derecho real para configurarlo como categoría autónoma de Derecho patrimonial. PUIG BRUTAU, *op. cit.* p. 3, distingue el aspecto interno del derecho real que “recae de manera directa e inmediata sobre la cosa que constituye su objeto” de su aspecto externo, que “se manifiesta con su carácter absoluto, en el sentido de que el titular del derecho puede oponerlo a todos los no titulares”.

La discusión doctrinal expuesta, si bien se resuelve mayoritariamente a favor del mantenimiento de las figuras de derecho reales y personales como clasificación de los derechos patrimoniales (desde los posicionamientos clásicos o desde los posicionamientos eclécticos), no impide que las críticas y revisión del planteamiento de la distinción trascienda a la caracterización de ambas figuras, existiendo auténticos planteamientos revisorios no ya de las categorías de derecho real y de crédito, sino de la propia clasificación de los derechos patrimoniales. Algunas posturas parten de la superación del concepto de cosa como sinónimo de bien tangible, que si en su día pudo justificar la clásica concepción de los derechos reales, por la importancia socioeconómica del tráfico inmobiliario, en la actualidad, a través del creciente incremento de la importancia del crédito, debe reinterpretarse. Otras proponen una clasificación de los derechos patrimoniales entre absolutos y relativos, si bien en estos reintroducen la distinción entre derechos reales y de crédito. Para ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A. (1986), *Curso de derechos reales, Tomo I*, Civitas, Madrid, p. 18, la propiedad y los derechos reales no son sino conceptos dogmáticos y convencionales que no se corresponden con la real naturaleza de las cosas, sino que tienen como finalidad la protección de la apariencia que exteriorizan: “El principio supremo del tratado de los derechos reales es el de la protección de la apariencia. La realidad (la verdad en sí no existe; la propiedad es, simplemente, una apariencia dogmáticamente convertida en realidad por razones de seguridad. Por tanto, la propiedad para el derecho está inseparablemente ligada a su prueba; y la ontología del derecho de propiedad es puramente formal (titulación). La sola apariencia es además, por sí misma, titulación (posesión y registro) e instrumento privilegiado de prueba de la propiedad. Por todo ello el estudio de la propiedad y los derechos reales debe iniciarse por el estudio de los mecanismos aparentes generadores de la titulación (la posesión y el Registro), dada la unión inseparable e indiscutible de la realidad de la propiedad con la prueba de la propiedad”.

Propone GIORGIANN, *op. cit.* pp. 21-22, una nueva clasificación de los derechos patrimoniales que atienda a un doble aspecto o enfoque: desde el poder estructural que el derecho concede a su titular y desde la inherencia del derecho a la cosa. En su análisis el poder inmediato del titular del derecho sobre la cosa no explica el derecho de hipoteca o las servidumbres negativas, donde tal poder no aparece; como

2.1.2. Los derechos reales de garantía⁷⁹

tampoco puede explicar figuras tradicionalmente configuradas como derechos de crédito y que evidencian un poder sobre la cosa similar a otras caracterizadas como derechos reales, paradigmáticamente el arrendamiento. Pero tampoco la nota de absolutividad explica todas las fricciones entre derechos reales y de créditos: en la servidumbre negativa o en la hipoteca no se entiende cómo un tercero pueda perturbar el derecho real; al tiempo el derecho de crédito ha de ser observado por todos, existiendo sin embargo situaciones en las que el derecho real no es oponible a tercero, como los supuestos del tercero de buena fe registral. Desde el primer aspecto de la clasificación que propone, la estructura del poder que el derecho atribuye al titular, los derechos patrimoniales deberían clasificarse en obligaciones, derechos de disfrute, derechos de garantía y derechos potestativos. Desde el segundo aspecto, esto es la ligazón del derecho a la cosa, es válida y subsistente la clasificación entre derecho real y derecho personal o de crédito, ligazón que es sinónimo de inherencia del poder del titular respecto de la cosa.

En sentido similar, entiende MÉNDEZ GONZÁLEZ, *op. cit.* p. 782, que la categoría de los derechos reales, que no resulta de la esencia misma de las cosas, sino que deriva de la atribución por el Ordenamiento jurídico a diferentes tipos de derechos subjetivos una regla de propiedad (*property rule*) en lugar de una regla de responsabilidad (*liability rule*), siguiendo el análisis clásico de Calabresi y Melamed, que ya entendían que el derecho de propiedad privada no sería otra cosa que un conjunto de derechos de aprovechamiento sobre las cosas protegidos por una regla de propiedad. Un derecho es protegido por una regla de propiedad cuando todo aquel que desee despojar del mismo a su titular sólo puede hacerlo adquiriéndolo él en una transacción voluntaria en la cual el valor del derecho es acordado entre las partes. La regla de responsabilidad supone que en cualquier momento puede destruir el derecho pagando por ello una determinada cantidad objetivamente fijada. Y la regla de inalienabilidad impide la transferencia voluntaria.

⁷⁹ No podemos por razón de la concreción de nuestro estudio, analizar otras figuras controvertidas en la delimitación entre derecho real y derecho personal, como el llamado *ius ad rem*, los derechos *reales in faciendo*, las obligaciones *propter rem*, aun cuando se tengan en cuenta estos espacios denominados grises para la redefinición y caracterización de los derechos reales por la mayor parte de la doctrina. Se trata, como es sabido, de supuestos en que el sujeto pasivo del derecho real tiene viene obligado a una prestación positiva. Díez Pícazo, L. (2012), *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Vol. 1, Civitas, Madrid, p. 66, dividiéndose la doctrina entre quienes consideran que se trata de auténticos derechos reales que imponen al sujeto una prestación positiva (derechos reales *in faciendo*) y quienes consideran que se trata de meros derechos obligacionales en los cuales el sujeto pasivo viene determinado por el hecho de ser propietario o poseedor de una cosa, es decir, es deudor de la obligación quien en el momento sea propietario de la cosa (obligaciones *propter rem*).

Es debate asimismo que precisa quedar fuera de nuestro análisis la controvertida cuestión de si existe un catálogo cerrado o *numerus clausus* de derechos reales o estos son configurables a través de la autonomía de la voluntad. Recordemos que los partidarios del *numerus clausus* invocan que la creación de nuevos derechos reales es materia que excede de los límites de la autonomía de la voluntad, porque afectan a terceros y al tráfico en general, siendo por ello materia de orden público. Para Álvarez-Caperochi es además sustancial el catálogo de derechos reales típicos al dato sustancial de la justificación de su existencia, la tipicidad: “Como presupuesto necesario del sistema de protección de la apariencia, el tratado de los derechos reales se funda en un sistema de tipicidad de los derechos reales; es decir, *numerus clausus* de derechos reales. Sólo existen los derechos reales que la ley determina, la autonomía de la voluntad no puede configurar nuevos tipos de derechos reales distintos de los ya preestablecidos por la Ley. Siendo el sistema de los derechos reales un sistema de protección de la apariencia, su ejercicio está sometido a un régimen de publicidad (posesión y registro) que exige la preexistencia típica del derecho (*nomen iuris*) y la determinación sustancial de su contenido. La eficacia erga omnes de un derecho (real) ha de ser considerada como especial (típica), sin que se pueda en virtud de acuerdos privados constituir relaciones con trascendencia universal”, *op. cit.* p. 19. Méndez González, une la necesidad de tipificación de los derechos reales con el principio de la seguridad en la información referida a su contenido, reduciendo los costes de quienes deben respetar o quienes quieran adquirir los derechos reales: “se requiere que la propiedad sea percibida con un contenido estandarizado de modo que una persona lega pueda captar este contenido a bajo coste. Esta característica de la propiedad, que implica que tiene un contenido prefijado de manera obligatoria, en contraste con el contenido de los contratos que son mucho más individualizables, constituye un principio angular de diseño jurídico que raramente es articulado de un modo explícito”, *op. cit.* pp. 801-802. Resalta la función de claridad y seguridad del sistema de *numerus clausus*, en tanto da certidumbre a la propiedad y a los gravámenes que sobre ella puedan asistir, Díez-Pícazo, L. (1976), “Autonomía privada y derechos reales”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 513.

Caracterizada tradicionalmente la hipoteca como un derecho real de garantía, procede que analicemos sucintamente los caracteres doctrinales de esta categoría de derecho real, antes de ahondar en el problema de la naturaleza jurídica de la hipoteca.

Las notas clásicas, en todo caso, con la que la doctrina mayoritariamente define al derecho real dos: el poder inmediato y directo sobre la cosa y la obligatoriedad erga omnes con que se ejerce dicho poder, lo que de un lado supone el deber genérico de abstención de todos. La inherencia del derecho a la cosa hace referencia a la obtención de la del provecho de la cosa correspondiente a su derecho sin necesidad de intermediación de otra persona, sin precisar la actuación ajena para satisfacer dicho interés. De la inherencia del derecho a la cosa deriva la nota de la reipersecutoriedad, que no existe en los llamados derechos de crédito. En segundo lugar, la nota de exclusividad o absolutividad, que se caracteriza porque puede el titular del derecho impedir a los demás cualquier influencia sobre la cosa que perjudique su derecho. Consecuencia de ello el derecho sigue a la cosa donde quiera que

Por otro lado, los partidarios de la constitución de nuevos derechos reales por la autonomía de la voluntad de los contratantes, encuentran su apoyo legal en el art. 2.2. de la Ley Hipotecaria, que permite la inscripción de los títulos que constituyan los derechos que enumera así como *otros cualesquiera reales*, precepto complementado por el artículo 7 del Reglamento Hipotecario que permite el acceso al Registro de *cualquier otro acto o contrato de trascendencia real, que, sin tener nombre propio en derecho, modifique desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales*. Para DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS la cuestión no se centra en la posibilidad legal de constitución de nuevos derechos reales, que a su juicio existe, sino en la dificultad práctica de encontrar un derecho real sobre cosa ajena que no sea de una de los caracterizados por la ley, o de admitir su configuración en materia de derechos reales de garantía por afectar al principio de la *pars conditio creditorum*; con lo que se limitaría la eficacia a los llamados derechos de adquisición preferente. *op. cit.* p. 55. En el mismo sentido GORDILLO CAÑAS se decanta por un sistema de *numerus apertus*: “Nuestro Ordenamiento, sabiendo poner cada cosa en su sitio, ha venido a consagrar un sistema abierto donde los derechos reales, sin tasa legal y libremente configurables, tienen acceso a un Registro que, con folio real pero sin encasillado, puede reflejarlos en la peculiaridad de su conformación y contenido, dándoles de este modo la cognoscibilidad necesaria en un tráfico cuya ordenación conjuga adecuadamente el respeto a los intereses individuales dignos de tutela con las exigencias instrumentales de la seguridad y la claridad”, GORDILLO CAÑAS, A. (1995), “Bases de derecho de cosas y principios inmobiliarios registrales. Sistema español”, *Anuario de Derecho Civil*, p. 552.

En todo caso, señala DÍEZ PICAZO, L., *Autonomía privada...op. cit.*, que más importante que el debate sobre el carácter abierto o no del sistema de los derechos reales en nuestro ordenamiento jurídico es la cuestión de los límites a la libertad de la configuración de nuevos derechos reales, entre los que destaca no sólo los límites genéricos del artículo 1255 del CC, sino límites específicos referidos al principio de especialidad, a los requisitos de forma y publicada de los derechos reales, y en especial a su causa de creación y función económico social.

se halle, y quienquiera que fuere su poseedor: *ubi rem meam invenio, ibi vindico*⁸⁰.

Descritas sucintamente las notas delimitadoras de los derechos reales, procede avanzar en las características de los llamados derechos reales de garantía.

Tradicionalmente se ha distinguido la propiedad (*plena in re potestas*), derecho real por excelencia y prototipo de los mismos, en tanto proporciona el máximo poder del titular sobre la cosa; de los derechos reales limitados o fraccionarios, también llamados *iura in re aliena* o derechos en cosa ajena, que conllevan un poder más limitado sobre una cosa ajena.

Los *iura in re aliena* se consideraron como desmembramiento o fraccionamiento de algunas de las facultades integrantes del poder pleno sobre la cosa que conforma el derecho de propiedad, explicación que en la actualidad puede estimarse superada doctrinalmente. En primer lugar, no se concibe el derecho de propiedad como un haz de facultades de la que puedan desgajarse las que conforman los derechos limitados o limitativos. El derecho de propiedad es un derecho global y único sobre la cosa⁸¹. Igualmente, de estimarse que los derechos reales limitados suponen la titularidad de una facultad desmembrada del derecho de propiedad, el titular de dicho derecho tendría la condición de sucesor por transmisión del propietario, lo que en realidad no acontece. Por ello se prefiere la denominación *iura in re alinea*

⁸⁰ Para GORDILLO CAÑAS, *op. cit.* p. 545, a las notas de intermediación y absolutividad de los derechos reales a las que se ha hecho referencia, han de añadirse las que derivan de la especialidad de nuestro sistema inmobiliario registral y del principio de la publicidad inmobiliaria, de forma que “ni valdría un sistema de derechos reales desmentido por el de la publicidad inmobiliaria, ni sería admisible que el Sistema registral viniera a hacer violencia al régimen de los derechos a cuyo servicio se pone el mecanismo de la publicidad”. La esencialidad de la relación de los principios inmobiliarios con el derecho de bienes o de cosas, se centra, a juicio de este autor, en la protección de la seguridad del tráfico a través de la protección del tercero de buena fe. La seguridad de tráfico exige terminar con las lagunas u oscuridad que puedan derivarse de una configuración oculta del derecho real. La existencia y contenido mismos de los derechos reales no puede resultar dudosa, y el Registro de la Propiedad se constituirá en el elemento de la pública constancia del contenido de los derechos y de su existencia, y por ello orientado a la seguridad jurídica. Es también partidaria de entender como nota esencial del derecho real en su configuración civil la especialidad GONÍ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2007), “La especialidad de los derechos reales como requisitos civil y registral y su extensión a todas las situaciones jurídicas inscribibles”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 699, pp. 313-319. nota de esencialidad que no coincide, a su juicio, con el principio de especialidad registral.

⁸¹ “La propiedad es el más extenso derecho de dominación que sobre una cosa permite el ordenamiento jurídico” WOLFF y RAISER citados por PUIG BURTAU, *op. cit.* p. 40.

(algún autor *iura in re non propria*, por asumir la existencia de derechos reales sobre cosa *nullius*), derechos reales limitados o incluso derechos limitativos de la propiedad⁸².

Entre los derechos reales *in re aliena* se suele distinguir: derechos reales de goce y derechos de realización de valor o de garantía⁸³. Los primeros comprenden el usufructo, el uso y habitación, las servidumbres, la enfiteusis, el derecho de superficie y los censos (estos últimos con notable discusión), y los segundos la prenda, la hipoteca y la anticresis.

Los derechos de garantía vienen a suponer una adición cualitativa del crédito al acreedor interesa, de un lado, para superar los problemas que ocasionaría la insolvencia del deudor (sin perjuicio de otros mecanismos de

⁸² SÁNCHEZ CALERO sostiene que tres son las notas que caracterizan las relaciones de estos derechos con el derecho de propiedad: en primer lugar, están limitados por la existencia conjunta de una propiedad sobre la misma cosa en que recaen una y otros; en segundo lugar, son limitativos, puesto que ellos limitan o reducen el contenido de la propiedad sobre la cosa en que recaen. Y normalmente recaerán sobre una cosa que tiene su propietario, esto es, se tratará de un derecho sobre cosa ajena. Mientras las dos primeras notas son esenciales a la condición de estos derechos, son limitados y son limitativos a su vez, la tercera nota no siempre debe concurrir. SÁNCHEZ CALERO, F. J. (2014), *Curso de derecho Civil, derechos reales y registral inmobiliario*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

⁸³ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistemas de derecho civil*, Vol. III, *op. cit.* pp. 49-50. Entre los autores que sostienen esta clásica distinción, algunos propugnan una tercera categoría de derechos reales *in re aliena*, referida a los derechos de adquisición preferente. Así PUIG BRUTAU incluyendo entre ellos el derecho de opción, el de tanteo y el de retracto, *op. cit.* p. 11. En similar sentido SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, entendiendo que se trata de derechos reales por cuanto otorgan el poder de hacerse con la titularidad de la cosa sobre la que recaen en el caso de que su dueño la enajene a título oneroso y pagando su valor. Las críticas a la consideración de los derechos de adquisición preferente como derechos reales se centran en la falta de poder ejercido por el titular del derecho sobre la cosa. Para BLASCO GASCÓ en análisis de la eficacia erga omnes de los derechos de tanteo, retracto y de la opción inscrita, en los derechos de adquisición preferente no se verifica el poder directo e inmediato del titular sobre la cosa que la teoría clásica predica de los derechos reales; en cambio, tienen eficacia erga omnes y en este ámbito de eficacia se ha querido ver su naturaleza real. Sin embargo, a pesar de regularse, los más importantes, en el Libro IV del Código civil, de *lege lata*, y por un amplio sector doctrinal y jurisprudencial, se configuran como derechos reales. En este sentido, bastaría una determinada interpretación de las normas contenidas en los artículos 1.510, 1.520 CC, 107-8º LH y 14 RH. Pero en esta sede, sería conveniente distinguir entre eficacia real y derecho real: si éste descansa sobre la idea de señorío directo e inmediato, no son derechos reales; si se fundamenta en la idea de oponibilidad y eficacia erga omnes, se deben considerar, en general, como derechos reales. En definitiva, los derechos de adquisición preferente tienen eficacia real, ya per se (cfr. art. 1.510 CC, para el retracto convencional) ya por la inscripción en el Registro de la Propiedad (cfr. art. 14 RH, para el contrato o pacto de opción). BLASCO GASCÓ, F. (2015), *Instituciones de derecho civil. Derechos reales, Derechos registral inmobiliario*, Tirant lo Blanch.

No es sin embargo la única clasificación sobre los derechos reales que se propone. Sin ánimo de exhaustividad es conocida la distinción entre derechos reales provisionales, la posesión, frente a los derechos reales definitivos. E igualmente atendiendo al bien o bienes sobre los que recae, se distinguen derechos sobre cosas corporales o inmateriales, y entre los primeros la clásica distinción entre derechos reales sobre muebles e inmuebles. Nosotros aceptamos la tesis de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, en cuanto el análisis de la naturaleza real de los llamados derechos de garantía entre los que se incluye la hipoteca no se ve modificado por el tipo de clasificación que empleemos dentro de la categoría general de los derechos reales.

protección de la integridad del patrimonio del deudor, como la acción subrogatoria o la acción pauliana) y de otro, como privilegio de cobro frente a la *pars conditio creditorum*⁸⁴.

Dentro de los derechos de garantía se suelen distinguir los derechos de garantía personal, particularmente la fianza, y los llamados derechos reales de garantía, entre los cuales se incluyen la prenda, la hipoteca y la anticresis.

Si la fianza supone la adición de un patrimonio a la responsabilidad derivada de la deuda o prestación reclamada⁸⁵, los derechos reales de garantía sujetan un bien concreto a la responsabilidad derivada de la deuda. En este sentido garantía y responsabilidad van de la mano, como explica DE REINA TARTIERE, pero no se confunden. La responsabilidad afecta la totalidad del patrimonio del deudor al cumplimiento de la obligación, en tanto que la garantía supone una adición, un plus o privilegio del acreedor para asegurarse el cobro, lo que requiere la existencia de un acto expreso de constitución de la garantía.

El fiador, como garante, se convierte en deudor del acreedor respondiendo con su patrimonio íntegro del pago de la deuda, si bien, normalmente, con carácter subsidiario. No se trata de una asunción de deuda, sino de un contrato con causa en la propia garantía y accesorio de la obligación principal, en la que el fiador, para el caso del incumplimiento del deudor, asume el pago de la deuda con la totalidad de su patrimonio. En este caso, aun cuando goce el acreedor de la posibilidad de cobro con dos patrimonios, el de su deudor y el del fiador, no se constituye prenda o garantía real del

⁸⁴ “Sobre ese conjunto de bienes, sus distintos acreedores tendrán un poder genérico de agresión, el cual quizá no resulte suficiente al tiempo en que insten la ejecución de sus créditos, y ello por muy diferentes motivos: la disposición, fraudulenta o no, que de alguno de sus bienes o activos haga el deudor luego de haber contraído la correspondiente deuda; la asunción de nuevas deudas con respecto a otras personas, con las que el anterior acreedor debería compartir, conforme a la secular regla de la *pars conditio creditorum*, la masa patrimonial del deudor al tiempo de acreditarse su insolvencia, etc.”, DE REINA TARTIERE, G. (2011), “Teoría general de las garantías reales”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 724, p. 718.

⁸⁵ “Con la garantía personal se asegura el cumplimiento de la obligación del deudor de manera que al acreedor se concede un crédito adicional contra una determinada persona. La especificidad de la garantía personal descansa en que al lado del deudor principal, quien de todos modos responde con su entero patrimonio, se compromete otro sujeto también con su entero patrimonio a realizar el interés del acreedor en caso de que el deudor principal realice la prestación principal incompletamente o no esté en condiciones de cumplirla” INFANTE RUIZ, F.J. (2004), *Las garantías personales y su causa*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 47.

patrimonio del fiador al pago de la deuda, por lo que los riesgos derivados de la insolvencia también del fiador, o de la concurrencia en par con otros acreedores, no llegan a ser eliminados⁸⁶.

En el caso de la constitución de una garantía real se afecta un bien al cumplimiento de la obligación. No por tanto un patrimonio, como el del fiador, sino un concreto bien, por lo que el garante no se constituye en responsable del cumplimiento de la obligación, sólo en cuanto resulta de la vinculación del bien al pago de la misma. Si bien coincide con el fiador en la nota de accesoriedad, el acreedor tendrá un privilegio adicional para el cobro de su deuda, tanto en relación al poder sobre la cosa, con independencia de que la misma se transmita, como respecto de los acreedores concurrentes, en atención a la preferencia hasta el límite del valor de la cosa, al cobro. Si la garantía real se otorga por el propio deudor, el acreedor garantizado, además de la responsabilidad del patrimonio completo del deudor, gozará del llamado *ius distrahendi* sobre la cosa dada en garantía, para con su venta cobrarse la deuda, y de una preferencia hasta el valor de la garantía respecto de otros acreedores concurrentes⁸⁷. Si la garantía real se otorga por un tercero,

⁸⁶ Las garantías personales se presentan como aquellas a cuyo través se logra que otra persona se comprometa al cumplimiento, a reemplazar al deudor para el caso de que no pueda o quiera cumplir o, mucho más básicamente, a resarcir por su incumplimiento (v. gr., por mediar contrato de seguro). Elementalmente, se trata de una garantía otorgada por tercero (fiador, avalista, asegurador, etc.); dado que el deudor principal por quien se otorga la garantía «ya se encuentra obligado frente al acreedor, la garantía personal debe ser una obligación personal asumida por otra persona diferente del deudor. La garantía personal, por lo tanto, es una obligación asumida por un tercero como garantía de la obligación del deudor principal. Entonces, una obligación personal adicional del deudor principal, tal y como por ejemplo una cláusula punitiva, no es una garantía personal con el significado que aquí se utiliza. Mejor dicho, la esencia de la garantía personal consiste en que un tercero contrae una obligación en garantía por cuyo cumplimiento responde con todos sus bienes», DE LA REINA TARTIERE, G. *op. cit.* p. 722.

⁸⁷ “Las garantías reales, por su lado, conllevan la afectación de una cosa en torno a una determinada responsabilidad. Al tiempo de constituirse, el bien suele pertenecer al deudor, aunque no se impide que sea de un tercero quien, de esta manera, actuará como garante. En su contenido, estas garantías se distinguirían por plasmar a favor del acreedor un estatuto de indemnidad con respecto a la eventual agresión instada con posterioridad de parte de algún otro acreedor (*ius præferendi*), así como por la facultad de hacer vender el bien, cobrarse con su valor, independientemente de quien sea propietario, de que un tercero lo adquiera luego (*ius distrahendi*)”, DE LA REINA TARTIERE, *op. cit.* p. 722. Aun así las diferencias entre fianza y garantía real se cuestionan especialmente a través de la figura del hipotecante no deudor, respecto del cual se ha mantenido que se trata de un *fiador real*. Para CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA la unión de ambas figuras es como pretender unir agua y aceite: “Que tanto la hipoteca dada por tercero como la fianza tengan, pues, en común el ser ambas garantías ajenas y accesorias del crédito es algo evidente. Pero, ¿justifican por sí solos esos rasgos comunes la analogía entre ambas, la aplicación analógica de las normas de fianza a la hipoteca dada por tercero? También los derechos reales y los de crédito en general tienen en común el ser derechos patrimoniales, o, más en concreto, también los derechos de usufructo y de arrendamiento tienen en común el atribuir el uso de la cosa,... Y, ¿acaso justifican por sí solos tales rasgos comunes la analogía? Esos rasgos comunes (el ser derechos patrimoniales, de uso,...) justifican la comparación, la confrontación, pero no

conlleva la vinculación de la bien al pago de la deuda, sin que, salvo pacto expreso, el tercero garante asuma personalmente el pago de la deuda. La fianza sólo puede ser en cambio prestada por un tercero, por cuanto la fianza personal del propio deudor no añade nada al contenido de la responsabilidad patrimonial universal del deudor.

Los derechos reales de garantía vienen a suponer, por tanto, una adición cualitativa a la garantía universal del patrimonio del deudor para el pago de las deudas, que gráficamente describe el artículo 1911 del Código Civil: *Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros*. El acreedor para la satisfacción de la pretensión, tiene interés en gozar de un privilegio en el cobro, asegurándolo desde dos puntos de vista diferentes: en primer lugar, constatando la existencia de bienes presentes en el patrimonio del deudor que vengan a respaldar el cumplimiento de la obligación; en segundo lugar, afectando uno o varios de estos bienes al cumplimiento de la obligación, de tal manera que el juego de

la similitud. Ahí están la inmediatez de poder in re de unos frente a la mediatividad de otros, la absolutividad frente a la relatividad en su eficacia,... datos distintivos éstos que se fundamentan, precisamente, en la diversa naturaleza jurídica de unos y otros y que justifican, a su vez, su diverso régimen jurídico (en cuanto a su adquisición, transmisión, extinción,...). Habrá quien, siendo partidario del «fiador real», diga que la hipoteca y la fianza son análogas por ser las «especies de un mismo género» o las «ramas de un mismo tronco». Sí, del mismo tronco o género por ser garantías, pero especies y ramas distintas, de diversa naturaleza y, por ende, de diverso régimen como lo son los derechos reales y los personales, en general, o el usufructo y el arrendamiento en particular. Aquellas frases entrecomilladas, pues, no justifican, sino que impiden la analogía, por la diversa naturaleza que ambas garantías presentan. Lo de «fianza real», por tanto, no es más que una inviable quimera nacida del incesto, de la unión *contra naturam* de dos especies filiales del mismo género paterno: la fianza, como garantía personal, y la hipoteca, como garantía real. ¿Por qué confundir, o unir, dos figuras netamente distintas? ¿Acaso también sólo existe una simple diferencia de medida y, por ende, son confundibles o fusionables en su naturaleza y régimen, los derechos reales y los de crédito, el usufructo y el arrendamiento,...? Incluso en esa distinción más discutida que existe entre el arrendamiento y el usufructo, a nadie se le ha ocurrido decir que el inquilino es un «usufructuario personal», o que el arrendamiento es un «usufructo obligacional». Porque aunque ambos, arrendamiento y usufructo, sean derechos patrimoniales de goce, el uno es de naturaleza personal y el otro de naturaleza real. La diferencia es radical, esencial; y así es aunque a veces haya coincidencia de régimen legal entre ellos (vgr. arts. 1573 CC y 1.6 LAT), que la habrá por voluntad clara y expresa del legislador, lo cual no sucede con la hipoteca y la fianza, precisamente por ser aquél consciente de la diferencia de naturaleza jurídica, que siempre ha de respetarse y que justifica la diferencia en lo restante del régimen jurídico de ambos derechos” CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2006), “El hipotecante no deudor ¿un «fiador real» cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, n° 4, pp. 1667-1668. A favor de la aplicación analógica al fiador real de las normas sobre la fianza persona, en tanto no sean incompatibles con el régimen de esta garantía INFANTE RUIZ, *op. cit.* pp. 176-178, “por cuanto la situación del hipotecante es similar a la del fiador, aunque la técnica de garantía sea diferente en cada caso, y porque tampoco puede decirse que la estructura de las garantías reales impida la existencia de reglas que protejan al hipotecante tercero como garante”, entendiendo que no goza el hipotecante no deudor del beneficio de excusión, pero sí le son de aplicación los derechos de regreso y subrogación, no sólo con base en los artículos 1158 y 1210 CC, sino también del artículo 1838 CC que otorga mayor extensión a la repetición de lo pagado por el fiador.

la garantía supone una adición a la responsabilidad universal de su deudor, al responder el bien directamente de la deuda⁸⁸. No es exactamente una preferencia de cobro lo que atribuye al acreedor, sino la separación del bien respecto de la masa del patrimonio del deudor, mediante una afectación directa al pago de la deuda, de forma que hasta que no se satisfaga en su integridad la misma, el bien o su remanente no podrá destinarse al pago de otras obligaciones concurrentes o al propio beneficio del deudor (frente a la *pars conditio creditorum*).

Así la define la doctrina mayoritaria. Para DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS por “garantía se entiende toda medida de refuerzo que se añade a un derecho de crédito para asegurar su satisfacción, atribuyendo al acreedor un nuevo derecho subjetivo o unas nuevas facultades (p. ej., la simple retención de la cosa que debe entregar). Las garantías reales son las que recaen sobre cosas determinadas y tienen como uno de sus efectos la oponibilidad *erga omnes*. Su esencia se hace radicar tradicionalmente en que permiten al acreedor dirigirse contra la cosa gravada a fin de realizar su valor y de esta manera satisfacer su interés”⁸⁹.

Para BUSTOS PUECHE, la garantía real es la “sujeción o afección de determinados bienes del patrimonio del deudor –o de determinadas personas en su caso – al buen fin de una obligación, de suerte que tales bienes, con independencia de quien sea su titular actual, responden del cumplimiento de aquella, de modo que, en caso de incumplimiento, el acreedor podrá agredir esos bienes concretos, para aplicar su valor de realización a la satisfacción de su crédito”⁹⁰. Como derecho real conlleva un poder inmediato sobre la cosa,

⁸⁸ Es un intento del Ordenamiento jurídico de reforzar el derecho de crédito, dotando de eficacia absoluta al derecho de crédito, FERRANDIS VILELLA, J. (1969), “Introducción al estudio de los derechos reales de garantía”, *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 1, p. 47.

⁸⁹ DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.* p. 470. Explican los citados autores que no se puede explicar la naturaleza de la garantía real sobre la esencia de la realización del valor de los bienes dados en garantía, dado que ello no las distinguiría finalmente de la genérica responsabilidad patrimonial universal del citado artículo 1911 del CC. La esencia o lo específico de las garantías reales radica en la nota de seguridad del acreedor de que determinados bienes van a poder ser objeto de ejecución para responder de la deuda. De una manera gráfica, aquellos bienes quedan *separados* a disposición del acreedor para la satisfacción del crédito.

⁹⁰ BUSTOS PUECHE, J.R. (1990), “Teoría general de los derechos de garantía, con especial atención al pacto comisorio”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 43, nº 2, p. 540.

que se traduce de un lado en el poder de agresión sobre la cosa y de otro en la oponibilidad del derecho, incluso en el caso de transmisión a tercero de la cosa dada en garantía; y en segundo lugar, la facultad de realización de la cosa a través de la venta de la misma en pública subasta.

En el mismo sentido LACRUZ BERDEJO, para quien “la garantía supone la adición a la responsabilidad del deudor establecida por el art. 1911, de un plus. Representa una aplicación del poder de agresión del acreedor, merced a la cual puede éste obtener, prescindiendo de las condiciones de solvencia o insolvencia del deudor principal, la plena y exacta satisfacción de su derecho de crédito”⁹¹. Si la garantía real se presta por el propio deudor supone una responsabilidad cualitativamente añadida a la responsabilidad patrimonial universal; y cuando se presta por un tercero se vincula al pago de la deuda un bien que anteriormente se hallaba libre de responsabilidad. En este último caso “la garantía real prestada por tercero no supone una nueva relación de deuda, sino la constitución de un derecho real, por el tercero, en favor del acreedor: derecho que somete a la eventual realización de valor por el acreedor la cosa pignorada o hipotecada, pero que, a su vez, no convierte al deudor en garante. No hay un nuevo vínculo de deuda, que sustituya al antiguo cuando quede éste insatisfecho; hay una relación entre el acreedor y la cosa: el derecho de ejecución de aquél a fin de obtener, a costa del valor de esta, la satisfacción de la obligación”⁹².

ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI considera a la garantía real (a todas las garantías) como modificación cuantitativa o cualitativa de la responsabilidad convencional⁹³, vinculando la garantía real un bien al cumplimiento de una obligación, a través de la realización del bien por el procedimiento correspondiente.

El refuerzo del crédito que para FERRANDIS VILELLA supone el derecho real de garantía se concreta en dos aspectos: en el poder de agresión otorgado sobre determinados bienes del patrimonio del deudor, y en el

⁹¹ LACRUZ BERDEJO, J.L., *La causa...*, op. cit. p. 721.

⁹² LACRUZ BERDEJO, J.L., *La causa...* op. cit. p.726.

⁹³ ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A., op. cit., p. 116.

refuerzo o privilegio, como decíamos, de la posición del acreedor respecto de otros acreedores concurrentes, a través de dos mecanismos: el derecho de persecución y el derecho de preferencia⁹⁴.

Si partimos de las notas que previamente hemos identificado como definitorias de los derechos reales, la inmediatividad del poder sobre la cosa y la oponibilidad erga omnes de dicho poder, debemos para caracterizar como reales a los derechos de prenda, hipoteca y anticresis, hallar estos caracteres en los mismos.

En el caso de la prenda y la anticresis se produce una transmisión de la posesión del bien al acreedor, que lo posee sin embargo, únicamente en razón del *ius retentionis* en garantía del cumplimiento de la obligación. En la prenda el deudor conserva la posesión mediata de la cosa, y el acreedor, que tiene la posesión mediata, y entre otras, la obligación de conservación de la cosa, no ejerce un poder directo o material sobre ella, salvo esta retención hasta la extinción de la obligación garantizada. En la enfiteusis, la posesión transmitida al acreedor participa de idénticas características, y la aplicación de los frutos a la extinción de la deuda tiene el contenido de garantía pactado entre las partes, y no conlleva por tanto auténtico ejercicio posesorio o de disfrute de la cosa poseída.

Todavía con más dificultad el poder inmediato del acreedor sobre la cosa se aprecia en la hipoteca, poder que ha querido verse en la acción de devastación en la fase de seguridad de la hipoteca, en la publicidad registral o en la detracción del *ius distrahendi* de las facultades de disponibilidad del deudor sobre la cosa.

Lo que es evidente es que uno de los puntos álgidos del cuestionamiento de la distinción entre derechos reales y personales se centra precisamente en

⁹⁴ FERRANDIS VILELLA, J., *op. cit.* p. 48, “El resultado de esta mejor posición del acreedor —es decir, el resultado del derecho de garantía— consiste en ponerle a salvo de los peligros que todo derecho relativo lleva consigo. En primer lugar, porque le permite prescindir de la mediación personal del deudor para la satisfacción del crédito. El acreedor ya no se limita a esperar la prestación, sino que cuenta con la seguridad de la ejecución, que puede obtener por acto propio. En segundo lugar, porque las facultades de persecución y de preferencia le ponen a salvo de aquel peligro de desaparición o, mejor dicho, de salida de los bienes del patrimonio del deudor. Estas facultades le permiten ejercitar su derecho *erga omnes*”.

la caracterización como tales de los derechos reales de garantía que analizamos, y especialmente de la hipoteca.

La doctrina además exige la concurrencia de otra serie de requisitos que tienen su causa en la función que los mismos cumplen de reforzamiento del crédito garantizado:

1.- En primer lugar, la convencionalidad. Como hemos dicho, la garantía supone un refuerzo de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, que no puede ser identificado con dicha responsabilidad legal o con otros mecanismos protectores del derecho del acreedor. Por ello se requiere la expresa voluntad para la constitución de la garantía (sin perjuicio de las hipotecas legales, de régimen y funcionamiento diverso).

2.- La accesoriedad respecto de la obligación garantizada. Como explica DE REINA TARTIERE⁹⁵, la accesoriedad se manifiesta en tres momentos distintos: en el momento de la constitución, dado que la garantía se constituye a favor de una obligación concreta; en el momento de su transmisión, porque sólo es posible su cesión junto con el crédito; y en el momento de su extinción, porque la extinción del crédito conlleva la de la garantía, aun cuando no al revés⁹⁶.

3.- La especialidad de la garantía, que se aprecia desde un doble punto de vista: han de quedar especialmente determinados los bienes afectos a la garantía y la determinación mínima de la obligación garantizada en favor del propio deudor, a fin de no propiciar un sobreendeudamiento o endeudamiento inconcreto que le impida acceder al crédito; y en favor de otros acreedores que

⁹⁵ *Op. cit.* p. 740-742

⁹⁶ “Una primera idea aproximativa al concepto de accesoriedad, casi intuitiva, muestra que los derechos revestidos de tal carácter dependen en su nacimiento de la existencia del derecho principal (vid. arts. 1824.1, 1847 y 1857 CC). De lo anterior, además, se desprende una segunda nota característica de la accesoriedad; es esencia de la misma que el derecho accesorio siga la suerte y vicisitudes del derecho principal. En tercer lugar, también debe estimarse como característica principal, consagrado en el viejo brocardo *accessorium sequitur sortem rei principales*, y que en nuestro Código Civil se plasma explícitamente en los arts. 1097, 1207 y 1258. En cuarto lugar, del anterior principio se deriva que la transmisión del derecho principal implica la transmisión del derecho accesorio, salvo que las partes determinen lo contrario (vid. arts. 1212 y 1528 CC). En último lugar, como corolario, esencial del derecho accesorio, en cuanto auxiliar y subordinado al derecho principal, es que se extinga con el derecho principal y que en consecuencia no tenga existencia autónoma o independiente respecto de aquél (vid. arts. 1110, 1190, 1193, 1207, 1847, 1849 y 1975 primera parte a *contrario sensu* CC)”, INFANTE RUIZ, *op. cit.* pp. 186-187.

han de conocer el importe y obligación concreta que se sobrepone o separa de la reclamación concurrente con los mismos.

4.- Y el principio de indivisibilidad de la garantía.

2.2. La discusión de la naturaleza real de la hipoteca

Hemos partido de la definición mayoritaria de la hipoteca como derecho real y apuntado la especialidad que en este debate tienen los llamados derechos reales de garantía, por su especial función avocada a un momento ulterior al de su constitución, el del incumplimiento de la obligación garantizada. Debemos ahora adentrarnos sucintamente en el debate sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca.

Decía GARCÍA GARCÍA, con cita en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria, que resultaba de la legislación positiva la caracterización de la hipoteca como derecho real: “La E de M de la LH de 1861 decía: «Ha creído la Comisión que ante todo debía escribir una vez más en las leyes que la hipoteca es un verdadero derecho real adherido al cumplimiento de las obligaciones a que sirve de garantía y que sigue a la cosa hipotecada cualesquiera que sean las manos a que pase y a pesar de los cambios que ocurran en la propiedad que grave”⁹⁷.

La doctrina, sin embargo, ha cuestionado que en la hipoteca concurren los elementos caracterizadores del derecho real. Especialmente porque no se aprecia poder directo e inmediato del acreedor sobre el bien hipotecado: no se priva con la hipoteca al deudor de la posesión de la finca, ni se limitan las facultades de disposición sobre el bien; no puede además el acreedor ejecutar directamente la hipoteca en caso de impago al estar en nuestro Derecho

⁹⁷ GARCÍA GARCÍA, J.M. (1993), *Comentarios del Código Civil, arts. 1874-1880, Tomo II*, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1905-1906.

prohibido el pacto comisorio. Ha de acudir al procedimiento judicial o notarial para la ejecución de la garantía.

Se ha llegado a definir a la hipoteca como derecho subjetivamente real, como un derecho de crédito o de obligación, como derecho potestativo, como carga real, *obligatio rei*, como embargo anticipado o como mecanismo procesal de ejecución, negando que pueda ser considerada como derecho real.

Una de las primeras críticas a la naturaleza de la hipoteca como derecho real viene de la mano de las llamadas doctrinas personalistas, que consideran a la hipoteca no como derecho real sino como derecho de crédito del acreedor sobre la cosa o del acreedor frente al deudor. Se observa que el acreedor no tiene un poder directo sobre la cosa hipotecada, ni el poder o facultad de realización personal del valor de la misma. Entendido el derecho real limitado como un desmembramiento o fraccionamiento de algunas de las facultades integrantes del dominio, no existe poder similar al del acreedor hipotecario entre los que integran el dominio del deudor, y de otro lado no se limita poder alguno del deudor como propietario, en tanto sigue gozando del disfrute de la finca.

Para ALBADALEJO “las teorías que pudieran considerarse como puramente personalistas, es decir, las que han pretendido una plena equiparación entre derecho de crédito e hipoteca, han gozado de escaso predicamento, pero es a partir de las mismas cuando surge el movimiento revisorio de la tesis tradicional que irá produciendo sucesivamente la tesis de la hipoteca como obligación real, como derecho real *in faciendo*, como simple cualidad de un derecho o como institución de Derecho procesal, como vínculo de indisponibilidad, hasta llegar a negarse su naturaleza de derecho, etc.”⁹⁸.

Como un desarrollo, pues, de los discutidos derechos reales *in faciendo*, la hipoteca se identifica como una *obligatio in rei* o responsabilidad adherida a la cosa⁹⁹, descartando todo poder del acreedor sobre la cosa y resaltando

⁹⁸ ALBADALEJO GARCÍA, M. (2004), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, comentario al art. 1874 del CC*, Dir. ALBADALEJO GARCÍA, M y DÍAZ ALABART, S., Ed. EDERSA, Madrid.

⁹⁹ Se trata de una caracterización de la hipoteca, como traslado de la responsabilidad del deudor a la cosa, que tiene raíces en la concepción romana de la hipoteca, FERRANDIS VILELLA, *op. cit.*, p.44: “En

únicamente el elemento de la responsabilidad de la garantía, a modo de responsabilidad limitada al valor de la cosa hipotecada. Se separan los conceptos responsabilidad y débito, tratándose a la garantía real como una responsabilidad sin deuda propia o por deuda ajena, limitada al valor de la cosa hipotecada. Para CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA:

“Ciertamente que la hipoteca en su origen romano constituía una hipótesis de *obligatio rei*, junto a la *obligatio personae*, de vinculación o responsabilidad de una cosa en garantía del *debitum*; pero hoy día, la idea de *obligatio rei*, separada de la genuina *obligatio bonorum* que de hecho ha quedado como *obligatio a secas*, no es sino mera expresión lingüística figurada que, aun habiendo sido empleada en nuestros textos históricos y actualmente en las normas hipotecarias, ha dejado de ser el concepto técnico que en su inicio fue. La responsabilidad, como estricta noción jurídico técnica de garantía, queda hoy referida a la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC, con la cual, salvada la excepción del artículo 140 LH (que siempre es hipoteca del propio deudor), convive la hipoteca sin alterarla (art. 105 LH). La hipoteca, a diferencia de la responsabilidad stricto sensu, es una forma de garantía real y específica (no genérica e inconcreta en su objeto como la responsabilidad patrimonial) que *ab initio* afecta y sujeta un bien predeterminado que se sustrae de aquella indeterminada garantía (especialidad); es una garantía, la hipotecaria, que por adherirse al objeto gravado como la sombra al cuerpo (inherencia real), sigue al inmueble hipotecado cualquiera que sea su dueño y aunque haya salido del patrimonio del hipotecante (arts. 1876 CC y 104 LH), otorgándole al crédito hipotecario preferencia o prioridad en el cobro frente a los demás acreedores que concurran en el procedimiento ejecutivo; una garantía real, en fin, que permite unas medidas de conservación (la

el Derecho Germánico antiguo las garantías reales están dominadas por la idea de la responsabilidad *ex re*. La garantía se concibe como un desplazamiento o como una sustitución de la responsabilidad del deudor por la “responsabilidad de la cosa”. Una consecuencia de ella, que todavía hoy se advierte en las modernas legislaciones germánicas, será la atenuación de la nota de la accesoriedad en los derechos reales de garantía”.

acción de devastación) y de ejecución (la acción hipotecaria) objetiva y eficazmente más enérgicas que las que proporciona aquella garantía general, y que supone para el titular del bien hipotecado una serie de límites *ob rem* en su poder *in re* que no existen en virtud de la responsabilidad patrimonial del 1911 CC. Son, pues, tantas las diferencias existentes entre la responsabilidad y la hipoteca que no puede concluirse admitiendo entre ellas una simple diversidad de medida y calificando la hipoteca como mera modalidad de responsabilidad. Si bien ambas son situaciones jurídicas pasivas de sujeción patrimonial garantística –que es el género, el tronco–, implican dos especies –o dos ramas– que difieren en su propia esencia, en su naturaleza intrínseca, especialmente porque la garantía real hipotecaria, a diferencia de la garantía general del 1911 CC, es una carga real...”¹⁰⁰.

Las tesis procesalistas de la naturaleza jurídica de la hipoteca vienen no sólo a negar el carácter de derecho real de la hipoteca, sino incluso de derecho sustantivo, reduciéndola a una institución de Derecho procesal. Estas tesis, como explican DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, hacen

¹⁰⁰ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *op. cit.* p. 1669. Acota el autor citado la distinción entre obligaciones reales, llamadas *ob rem* o *propter rem* y las cargas reales. Ambas conforman la espera o parte pasiva del derecho real, esto es, el contenido pasivo de deber de sujeción y limitativo, pero mientras que las primeras, lejos de ser auténticas obligaciones, sin simples límites naturales, que de modo secundario o instrumental, se establecen funcionalmente para la convivencia pacífica y ordenada de la propiedad y los *iura in re aliena*, las cargas reales son “limitaciones, ahora extraordinarias o excepcionales que gravan, afectan, vinculan y limitan un determinado bien, en todo o en parte, y la propiedad o titularidad jurídico-real que se tenga sobre el mismo, destinándolo a un determinado poder o a un específico fin siempre ajeno, referido a una persona distinta del dueño”, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (1998), *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Cedecs, Barcelona, pp. 633-634. Delimitado así la carga real incluye los llamados derechos reales menores, como gravámenes limitativos de la propiedad; pero también aquellas que conllevando el carácter limitativo de los derechos reales no implican el fraccionamiento del poder sobre la cosa, ni atribuyen poder sobre cosa alguna. Por ello sigue argumentando Cerdeira, sólo existe derecho real allá donde existe señorío sobre la cosa, poder inmediato sobre la cosa oponible erga omnes, recuperando la noción clásica del derecho real. Pero donde la nota de la inmediatividad no existe, dentro de las situaciones jurídico-reales, nos hallamos en el ámbito de las cargas reales, entre las cuales se define a la hipoteca: “la hipoteca no es un derecho subjetivo ni personal (es accesoria al crédito que asegura), ni real (no otorga un poder directo en la cosa), sino una situación eminentemente pasiva, esencial y principalmente de sujeción de una cosa –inmediatamente real y mediatamente personal –que, como reverso activo y positivo, atribuye al acreedor hipotecario unas facultades unificadas en un derecho potestativo y tendentes a dar efectividad a la vinculación del valor económico del bien hipotecado y que, como meros atributos o cualidades, se suman accesoriamente al crédito asegurado potenciándolo en el objeto y en la eficacia de su propio contenido de garantía y posible satisfacción coactiva”, *Derecho o carga real... op. cit.* p. 641.

hincapié en la fase denominada de ejecución de la hipoteca¹⁰¹, en el momento de la realización de la garantía para conseguir su valor. Se dice que en este momento la garantía no difiere de la ejecución ordinaria, y que la preferencia del acreedor hipotecario no es un derecho frente al deudor, o frente a otros acreedores, sino dirigido al órgano judicial¹⁰².

CARNELUTTI desarrolla la teoría comparando acción ejecutiva ordinaria con la acción ejecutiva hipotecaria, que considera privilegiada, pero que no deja de ser una institución netamente procesal¹⁰³. En síntesis, se sostiene que la acción ejecutiva es una acción dirigida al órgano judicial para obtener,

¹⁰¹ En los derechos reales de garantía se superponen doctrinalmente dos fases: la fase de seguridad, durante la vigencia de la obligación, normalmente, como veremos, caracterizada por una obligación de conservación de la cosa dada en garantía evitando la disminución de su valor, y la fase de ejecución, cuando se ha incumplido la obligación o vencida la misma no se ha satisfecho, a través de la realización del valor del bien hipotecado.

¹⁰² DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.* p. 472. A pesar de no compartir la tesis expuesta por olvido, dicen, de la fase de seguridad de los derechos reales, advierten estos autores *grandes zonas de verdad* en la tesis expuesta, llegando a considerar una analogía *grosso modo* de los derechos reales de garantía con el embargo preventivo anticipado de bienes. Sin embargo a poco que se ahonde en ambas figuras, derechos reales y embargo preventivo difieren sustancialmente. Se ha puesto de relieve por la doctrina que se obvia nuevamente con la semejanza de ambos la fase de seguridad de los bienes, pero especialmente los derechos de prelación y de persecución que la hipoteca conlleva. A nuestro juicio el embargo preventivo es una figura netamente procesal. Sólo puede ser adoptada por el juez y con la concurrencia de los requisitos establecidos en la ley para la adopción de las medidas cautelares (salvo los supuestos de embargo directo previstos en la norma, como en el caso de la oposición al juicio monitorio derivado de reclamación de morosos de comunidad de propietarios sometidas la LPH), entre los cuales se encuentran el *periculum in mora*, directamente relacionado, no con la insolvencia del deudor sino con la mora procesal, y la apariencia de buen derecho del actor, que no es equiparable a la existencia sin más de la contratación de la obligación asegurada. En definitiva, el embargo no pretende el aseguramiento de una deuda, sino el de una sentencia futura, cuando un juicio preliminar del juzgador y la certeza de la demora del propio procedimiento, aconsejan asegurar el resultado estimatorio de la demanda. Por último, no es desdeñable que todo embargo preventivo, como toda medida cautelar, dependen de la prestación previa de caución por el acreedor para asegurar los eventuales perjuicios que la medida pueda ocasionar *en caso de la desestimación de la demanda*. La incertidumbre propia del proceso aconseja establecer como requisito obligatorio el ofrecimiento y la fijación de la caución, art. 732.3 y 734.2 de la LEC. Esta eventualidad no existe en los derechos de garantía, esto es, aun cuando pague el deudor, los perjuicios que pudiere haberle irrogado la constitución de la garantía (que no son menores, piénsese en la pérdida de crédito inmobiliario por la existencia de la garantía hipotecaria sobre la finca) no son indemnizables por el acreedor.

¹⁰³ Con referencia a los derechos reales de garantía sostiene “La fórmula de la garantía real no se usa sólo para denotar la garantía asumida por el tercero sobre bienes determinados, sino también la constitución de un privilegio sobre bienes determinados del mismo deudor (...): hay, pues, una garantía real constituida por el deudor y otra constituida por el tercero (...) La naturaleza estrictamente procesal de tales institutos ha sido descubierta recientemente (...). Se suele decir que uno de los efectos de la prenda o de la hipoteca es el derecho de persecución, que sería el derecho del acreedor a perseguir los bienes en poder de tercero a quien ha sido transferido, derecho que no es más que la acción ejecutiva contra el tercero, aunque no sea deudor, o mejor, aunque el título no lo indique como deudor (...); a este derecho corresponde la sujeción al proceso del tercero adquirente, al cual, aun cuando en virtud de la adquisición de bienes no pertenecientes ya al deudor, debe sin embargo sufrir la expropiación: precisamente el concepto de prenda y el de hipoteca como derechos reales (materiales) es un expediente inventado para explicar este efecto cuando la ciencia no había descubierto todavía la categoría de las relaciones jurídicas procesales”. CARNELUTTI, F., (1941), *Instituciones del proceso civil, Volumen I, 5ª Ed.*, traducido por Santiago Sentis Melendo, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 381.

mediante la *expropiación*, el pago el acreedor de su derecho, estando el precio de la cosa sometido a la venta y a la *pars conditio creditorum*. La acción hipotecaria es una especialidad de la acción ejecutiva, que no denota la existencia de derecho real alguno puesto que no hay derecho o poder sobre la cosa, y porque el derecho de realización o la preferencia crediticia no se dirigen contra el deudor ni contra los demás acreedores sino respecto del órgano judicial, que lo tendrá en consideración en orden al pago al deudor:

“Durante mucho tiempo también acerca de estos institutos tuvieron los juristas ideas equivocadas o confusas; de la relación jurídica que a ellos corresponde no se hacía una misma cosa con el derecho de crédito, pero tampoco se lo sabía definir como una especie particular de la acción ejecutiva: el derecho del acreedor a obtener la satisfacción sobre bienes no pertenecientes al deudor, se definía como una derecho real (material; en particular y derecho de prenda o de hipoteca); su derecho a satisfacerse con preferencia con lo obtenido de la expropiación no se comprendía bien qué era, y se tendía a hacer de él, indistintamente, una cualidad o atributo del crédito. Ahora los tiempos están maduros para comprender que no se trata más que de acción ejecutiva, con la particularidad de que es una acción ejecutiva distinta de la ordinaria: puesto que ofrece al acreedor mayores ventajas que ellas, se la puede llamar en comparación con la acción ordinaria, acción privilegiada. El acreedor hipotecario, en cuanto se satisface con los bienes hipotecados aunque pertenezcan a un tercero, no tiene derecho alguno frente a éste, ni éste una obligación frente a él; tan lejos está el tercero de estar obligado frente al acreedor, que cuanto a él se le quita o se deja de tomar para la satisfacción del acreedor, el tercero tiene derecho a hacerse reembolsar por el deudor, que es el verdadero y el único obligado; un razonamiento similar debe hacerse respecto del fiador. Por otra parte, el mismo acreedor hipotecario, en cuanto pasa delante de otros acreedores en la distribución de lo obtenido, o cualquier otro acreedor provisto de privilegio, no tiene frente al deudor derecho mayor alguno que el de su crédito, ni derecho alguno frente a los demás acreedores;

estos, o el tercero responsable, sólo están sujetos a una potestad del oficio, en cuanto al tercero le son expropiados bienes para satisfacer al acreedor o en cuanto a los otros acreedores no se les distribuye lo recaudado en la expropiación sino después de haber sido satisfecho el acreedor privilegiado; por otra parte, a este último no le compete otro derecho que el de obtener que el oficio ejerza esa potestad. El derecho de hipoteca y el derecho de privilegios, son, pues, subespecies de una acción privilegiada de expropiación”¹⁰⁴.

Con marcado cariz procesalista se sitúa la tesis que identifica la hipoteca como un derecho únicamente de realización del valor, cuyo objeto es exclusivamente el valor en cambio de la cosa en el momento de la ejecución. Así DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: “Para la doctrina más antigua la hipoteca es un derecho real de garantía accesorio de una obligación. Para la doctrina moderna la hipoteca es un derecho real de realización de valor; recae, por consiguiente, en una fracción de valor en cambio de la cosa hipotecada. Generalmente unida a una obligación personal, vive en ocasiones independientemente de la misma, e incluso en algunos supuestos existe sin que le sirva de soporte ninguna relación crediticia”¹⁰⁵.

La tesis de la naturaleza de la hipoteca como derecho real puede entenderse como mayoritaria y clásica. Es defendida por ALBADALEJO en los siguientes términos:

“al constituirse, el acreedor hipotecario centra su goce, en principio, en la seguridad que la cosa afectada le depara; goce distinto, ciertamente, al que deriva de otros derechos reales limitados, pero real y tangible, como se pone de manifiesto por la circunstancia evidente de que a medida que se van constituyendo gravámenes hipotecarios se va agotando su sustancia económica y su capacidad de ofrecer seguridad; consecuentemente, el crédito mismo del dueño de la cosa. Ahora bien, lo que resalta en primer término es que, por virtud del poder de afección

¹⁰⁴ CARNELUTTI, F. *op. cit.*, pp. 325-326.

¹⁰⁵ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1949), “Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real”, *Revista de Derecho Privado*, p. 377.

que surge del vínculo hipotecario, el acreedor disfruta del contenido de su derecho, obtención de garantía, sin necesidad de que el deudor coopere o en contra de su voluntad». Lo cual no sucede con la simple consideración de las cosas del deudor, sometidas a la garantía general del acreedor, a través de la responsabilidad patrimonial. Por el contrario, sólo la sujeción directa e inmediata de los bienes al cumplimiento de la obligación, como señala el precepto, es capaz de ofrecer seguridad absoluta, permitiendo al acreedor actuar en cada momento sobre la cosa de acuerdo con lo que exijan las circunstancias, bien ejercitando acciones en defensa de la garantía, bien poniendo en funcionamiento la realización de valor de la cosa, bien excluyendo ésta del ataque patrimonial de otros acreedores, que en ausencia de la hipoteca tendría plena virtualidad, o, finalmente, permitiéndole satisfacer su crédito con preferencia a otros, con cargo al valor obtenido en la venta de la cosa, cualquiera que sea el patrimonio donde se encuentra”¹⁰⁶.

El poder del acreedor sobre la cosa que el autor señala se centra en la seguridad de la afectación de la cosa a la garantía, en el poder de agresión del bien para el cobro de su deuda. Esta seguridad que el bien comporta respecto de la deuda supone una disminución del valor del bien que sucesivamente irá decreciendo con garantías ulteriores.

En el valor económico que conlleva la constitución de la hipoteca (la disminución correlativa del valor en venta de la cosa), se ha querido por un sector de la doctrina ver el poder directo o inmediato del acreedor sobre la cosa en la fase de seguridad de la hipoteca. Se produciría con la constitución de la garantía una recíproca y proporcional reducción del valor del bien hipotecado en la cuantía asegurada, salvando con ello las críticas a la

¹⁰⁶ ALBADALEJO GARCÍA, M., *op. cit.* En palabras de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Derecho o carga real...op. cit.* p. 523, “se hace radicar la culminación –objetiva y sustantiva (de contenido) –de la hipoteca, no en el bien, ni en su valor, sino en la *adquisición de una suma de dinero*, en la cantidad que se obtiene por el ejercicio de un señorío que promueve la enajenación o venta forzosa, judicial (arts. 126, 129.1 y 131 LH) o extrajudicial (art. 129.2 LH), de la cosa ajena hipotecada para hacerse pago y satisfacción de la suma debida y garantizada mediante el *precio* alcanzado con dicha enajenación”.

consideración de la hipoteca como derecho real precisamente basadas en la falta de poder directo del acreedor sobre la cosa.

PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS considera que la hipoteca “implica un poder sobre un inmueble protegido frente a todos”. Frente a la tesis que consideran que la hipoteca implica una obligación real, no un derecho real civil, sino una cualidad del crédito, la de ser privilegiado, o un poder puramente procesal, de obtener la efectividad de la deuda mediante la venta forzosa de la finca, sostiene que “desconsidera el poder sustantivo que la hipoteca confiere al titular sobre la finca con independencia de que su dueño sea deudor. Ni siquiera el procedimiento mismo de efectividad de la hipoteca tiene, por sí, naturaleza procesal. Las acciones que defienden y actúan las facultades que integran el contenido del derecho de hipoteca constituyen sólo el aspecto de protección procesal de ese poder”¹⁰⁷.

2.2.1. La hipoteca es un derecho real. Sus caracteres

Decíamos al principio que la exposición resumida del debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca nos introducía en nuestra posición sobre la hipoteca y en la caracterización de sus elementos definitorios. Partimos de la validez clasificatoria de la categoría de los derechos reales, caracterizados por tres notas distintivas: la inmediatez, la absolutividad y la oponibilidad.

La inmediatez supone que el derecho se ejerce por el titular sin necesidad de una actuación directa del deudor, proyectándose sobre el objeto del derecho directamente. El contenido del derecho no se identifica con una prestación del deudor, aun cuando en ocasiones, el ejercicio del derecho la conlleve.

¹⁰⁷ PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.* p. 112.

En segundo lugar, la absolutividad del derecho real, el derecho se ejerce frente a la colectividad, no frente a un único obligado. El derecho es inherente a la cosa, y se transmite con ella, lo que permite la reipersecutoriedad y la defensa frente a cualquiera.

Por las notas anteriores el derecho real es oponible a todos. Para ello es esencial la nota de publicidad del derecho, en tanto lo conocido es lo que puede ser observado y respetado. Si se produce una vulneración del derecho real basada en el desconocimiento de su existencia o en la información incorrecta de su contenido, podremos encontrarnos ante la necesidad de protección de la apariencia y de la confianza del tercero en dicha apariencia, en definitiva del principio de la buena fe como límite de la oponibilidad del derecho. Y esta oponibilidad a terceros exige la especialidad del derecho real, esto es, la determinación exacta del contenido del derecho.

A nuestro juicio la totalidad de las características¹⁰⁸ indicadas concurren en la hipoteca, lo que la configura como un auténtico derecho real.

2.2.1.1. La intermediación e inherencia del derecho real de hipoteca

La inmediatividad o poder directo del titular de un derecho real sobre la cosa supone, de un lado, que para el disfrute del derecho no se requiere una actuación expresa o mediata del deudor, sino que el titular del derecho hace el uso o utilización de la cosa de forma directa sobre la misma; pero en

¹⁰⁸ Dice GORDILLO CAÑAS, A., *op. cit.* pp. 546-556 que las bases de los derechos reales en nuestro ordenamiento jurídico son las siguientes:

- 1.- Intermediación e inherencia de los derechos reales, en tanto el derecho real consiste en un poder inmediato y directo en la cosa, constituye una situación jurídica inherente a la misma que, sin intermediación de prestación debitoria alguna, impone a todos en general un deber de respeto.
- 2.- Absolutividad o trascendencia, dado que los derechos reales se proyectan *erga omnes*, por todos deben ser respetados y, en consecuencia, contra todos deber resultar protegidos.
- 3.- Realismo y causalismo en el sistema transmisivo: la realidad de los *iura in re*, porque no llega a adquirirlos el que no es puesto, mediante la tradición o entrega, en la posesión de la cosa; y la causa o fundamentación de su transmisión, porque se hace depender ésta del negocio que remita o indirectamente la justifica.
- 4.- Seguridad del tráfico a través de la protección del tercero de buena fe.
- 5.- Especialidad de todos los derechos reales, como exigencia de exteriorización o visibilidad del derecho real.

segundo lugar, se interpreta como el disfrute o goce de la cosa, de forma que reciba directamente de la misma la utilidad.

En la hipoteca el deudor no es desposeído de la cosa dada hipotecada continuando en su uso y disfrute, sin verse privado ni de la posesión ni de la disponibilidad de la finca. Por otro lado, la prohibición del pacto comisorio obliga en todo caso al acreedor que ejecute la hipoteca a acudir a la mediación del órgano judicial o del notario para la obtención del valor de la finca hipotecada a fin de hacerse pago de su crédito. Esta falta de relación directa del acreedor hipotecario con la finca hipoteca es la base de la discusión sobre el carácter de derecho real de la hipoteca a la que con anterioridad nos hemos referido.

Un sector de la doctrina ha visto la inmediatividad del poder del acreedor hipotecario sobre la finca hipotecada, en la llamada acción de devastación, prevista en el artículo 117 de la LH, conforme al cual “*cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez de Primera Instancia del partido en que esté situada la finca, que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño*”¹⁰⁹. De esta manera sería en la fase de seguridad de la hipoteca donde se exteriorizaría el poder inmediato sobre la cosa característico del derecho real de hipoteca.

A nuestro juicio esta acción no es sino la consecuencia de la función garantista de la hipoteca. El deudor ofrece y constituye una garantía real para el pago de la deuda y el acreedor, durante la vigencia del contrato, tiene derecho a impedir que mediante acción voluntaria, dolo o culpa el deudor menoscabe el valor de la garantía ofrecida. El ordenamiento ofrece una acción

¹⁰⁹ Para CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Derecho o carga real...op. cit.*, pp. 509-520, la acción de devastación es exponente de la obligación de conservación de la cosa, no exclusiva de la hipoteca, sino aplicable a toda relación de garantía y constituye una facultad de inspección, de control y en todo caso accesorio del *ius distrahendi*, con lo que nos encontramos ante un carácter instrumental y no final del llamado *ius conservandi*.

para reaccionar contra la conducta del deudor contraria al contrato de garantía, pero ello no exterioriza goce y provecho propio del acreedor sobre la cosa, ni se conecta la acción con el ejercicio del derecho, sino con una conducta obstativa que tiende a la disminución contable e intencionada de la garantía. Ni siquiera es una obligación, un *facere* del deudor lo que contempla la acción, sino una violación culpable e intencionada de una garantía real ya constituida.

Con un argumento sugerente, por otro lado, se ha querido identificar el poder directo del acreedor sobre la finca hipotecada en la disminución del valor económico de la finca en el momento de su comercialización. Es notorio que la finca hipotecada, dado que soporta en caso de transmisión la garantía hipotecaria, sufre una pérdida de su valor en venta o comercialización que es proporcional a la obligación garantizada por la hipoteca. Tanto menos se estará dispuesto a abonar por la finca cuanto mayor o más gravosa sea la obligación garantizada. Igualmente, el crédito que para el deudor supone la propiedad de la finca hipotecada se ve asimismo mermado por el juego del rango hipotecario, por lo que un segundo acreedor no se sentirá igual de reforzado con una segunda hipoteca que el primero, en tanto sólo podrá cobrar cuando se haya satisfecho la responsabilidad hipotecaria del acreedor primigenio, o ha de soportar la subsistencia de la primera hipoteca si se ejecuta la suya en primer lugar.

El argumento nos parece ciertamente valorable si tenemos en cuenta el refuerzo, al que luego nos referiremos, del crédito garantizado por la propia garantía, llegando a denominarse crédito hipotecario, que aun cuando no tiene carácter real sí es cierto que funciona y circula como un crédito privilegiado. Ya apuntábamos en el capítulo primero de este trabajo la trascendencia de esta calificación del crédito en aras a obtener la entidad financiera que fuere acreedora hipotecaria, su propia financiación a través del mecanismo de la titulización. El crédito se ha reforzado hasta tal punto que permite que, agrupados, pueda la entidad bancaria movilizarlo en el mercado secundario. Es precisamente la fortaleza de la garantía hipotecaria la que

permite la circulación del crédito obviando la solvencia individual del prestatario y obligado, en tanto el valor o respaldo del pago lo constituye la garantía.

Ahora bien, esta cuantificación del valor de refuerzo del crédito y la limitación correlativa del valor de comercialización, como integrante del *ius disponendi* del deudor, no se halla sometida únicamente al derecho real que analizamos, sino a factores externos, relacionados con el mercado, ajenos incluso a la actuación y voluntad de los otorgantes del contrato de hipoteca.

La inmediatividad de la hipoteca se quiere igualmente ver en el poder de agresión del bien hipotecado, en el llamado *ius distrahendi* del bien respecto del patrimonio del deudor, pero también la persecución de la cosa cuando sale de dicho patrimonio al ser adquirida por un tercero, que tendrá que soportar la garantía y su realización aun cuando no asuma la deuda. Estaríamos en la fase de realización de la hipoteca, que para algunos autores no puede integrarse en la definición de la hipoteca, porque es contingente, es decir, no siempre aparece, por cuanto en muchas ocasiones el deudor cumple con la obligación y la ejecución hipotecaria no llega a ser promovida. Las dudas mayores surgen, sin embargo, por la razón de la prohibición del pacto comisorio, de forma que este *ius distrahendi* o derecho de realización de valor de la finca hipoteca nunca puede ser ejecutado directamente por el acreedor, sino que requiere del procedimiento judicial o extrajudicial establecido al efecto¹¹⁰.

¹¹⁰ Para PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 168, sin embargo, no se trata de una intervención del juez o del notario que ocasione un real procedimiento, sino el aseguramiento de que no se burla la prohibición del pacto comisorio, por lo que se trataría de un mero acto de realización del valor de la hipoteca: “La intervención del Juez (y sustitutivamente el Notario) en la realización del bien hipotecado es una más de las cautelas legales que tradicionalmente se imponen a este ejercicio del derecho real de garantía con el fin de evitar fraudes a la prohibición del pacto comisorio. Tiene aquí, la función del Juez (o la del Notario) el carácter no de función jurisdiccional sino la de estas otras funciones que, conforme al art. 117.4 CE, pueden serle “atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho”. No hay, pues, propiamente proceso, porque en estas actuaciones el Juez, mientras no haya enfrentamiento de partes, ni juzga, ni hace “ejecutar los juzgado”. Nosotros no compartimos esa concepción del procedimiento de ejecución hipotecaria, porque como hemos intentado resumir en el capítulo primero y desarrollaremos seguidamente, la limitación de la oposición del deudor y de la cognición del juzgador no supone que no exista un auténtico proceso, dada la remisión además en bloque al procedimiento de ejecución ordinaria que se contiene en la LEC, considerando al procedimiento de ejecución hipotecaria como *particularidades* de la ejecución ordinaria.

Entendemos, sin embargo, que el llamado *ius distrahendi* forma parte del poder directo del acreedor sobre la finca hipotecada, porque constituye la esencia del derecho de hipoteca. Las objeciones que hemos vistos analizan el derecho desde su ejecución, dada la opción legislativa de la prohibición del pacto comisorio y la remisión a un procedimiento de realización del valor de la hipoteca judicial o extrajudicial. Pero ello no obsta a la sujeción directa del bien a la obligación garantizada, sujeción o derecho que surge no en el momento de la ejecución de la garantía sino desde el momento de la constitución de la misma.

A nuestro juicio el crédito garantizado por la hipoteca experimenta una mutación especial por la garantía: se convierte en un crédito privilegiado en su ejecución porque se vincula al mismo la cosa hipotecada en un doble aspecto reiteradamente expuesto, se ejecutará la garantía contra tercer adquirente de la cosa aunque no asuma la deuda, impidiendo maniobras que disminuyan la solvencia del deudor, y se cobrará con preferencia a otros acreedores hasta el límite de la obligación garantizada¹¹¹.

El valor económico que significa la garantía hipotecaria se apoya en la tasación de la finca hipotecada. El respaldo del cobro que la hipoteca supone hace que el crédito adquiera una singular trascendencia en el haber del acreedor, hasta el punto, como ya hemos indicado, de llegar a funcionar en ciertos casos como método de financiación de entidades crediticias, invirtiendo la utilidad de la garantía: no sólo la precisa el deudor para la obtención de su préstamo o crédito, sino le interesa al acreedor bancario (el principal acreedor hipotecario) para la obtención de líquido para sus operaciones crediticias,

¹¹¹ Para FERRANDIS VILELLA, ello lleva a transformar el crédito garantizado, convirtiéndose en un derecho absoluto: “Poder directo sobre los bienes que quedan sujetos a la garantía en cuanto que en virtud de ella ya no es sólo la expectativa de recibir una prestación lo que el acreedor tiene, sino la seguridad de que en el patrimonio de su deudor hay determinados bienes sobre los cuales, si llega el caso, podrá por acto propio hacer efectivo su derecho. Eficacia erga omnes, en cuanto este poder no desaparecerá ni aun en el caso de que aquellos bienes salgan del patrimonio del deudor, para pasar a formar parte del de otra persona. Es decir, transformación de su derecho relativo en un derecho absoluto”, FERRANDIS VILELLA, *op. cit.*, p. 50. Similar concepción del crédito hipotecario, como unidad compleja y unitaria, sometido a distintas reglas que el crédito simple garantizado, AMORÓN GUARDIOLA, M. (1990), *La causa del crédito hipotecario*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, p. 93. Critica INFANTE RUIZ esta identificación del crédito y la hipoteca por infringir el principio de accesoriedad, “crédito e hipoteca pueden y deben separarse”, *op. cit.* p. 171.

interés que ha provocado una relajación del estudio de la solvencia del deudor más allá de la garantía hipotecaria en algunos casos, del que hemos tenido constancia en las ejecuciones instadas¹¹².

Es elemento esencial de la garantía hipotecaria la accesoriedad del crédito garantizado, lo que significa en palabras de BLASCO GASCÓ que la hipoteca “no tiene una existencia independiente del crédito garantizado ni puede pertenecer a persona distinta de su titular. Aquí, accesoriedad significa esencialmente subordinación de la *hipoteca* al crédito, cuyas vicisitudes le afectan y cuya suerte igualmente corre”¹¹³.

¹¹² A esta finalidad de fomento del llamado *crédito responsable* se orienta la Directiva 2014/17/UE. Para Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO la Directiva “persigue un doble objetivo: la protección de los consumidores y la concesión y contratación responsable del crédito hipotecario, todo lo cual se presenta como un instrumento para lograr el eficiente funcionamiento del mercado interior y que éste sea más competitivo en relación con los préstamos hipotecarios, incrementando con ello la confianza del consumidor, incluso hasta el punto de impulsar la contratación de estos productos en otros Estados de la Unión Europea, en lo que sería un verdadero mercado único. A través de la contratación responsable de préstamos hipotecarios se reduce el riesgo de incumplimiento y la consecuente ejecución de la garantía hipotecaria.” MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. *op. cit.*, pp. 21-22.

¹¹³ BLASCO GASCÓ, F. (2000), *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia. Analiza LACRUZ BERDEJO la relación de la accesoriedad de la garantía real con la causa de esta, diferenciando entre obligación garantizada y causa de la garantía. En los contratos de garantía prestados por el propio deudor la causa normalmente se va a presumir, existente y relacionada con la obligación garantizada: se considerará que si se otorga simultáneamente al préstamo es exigencia del acreedor la prestación de la garantía o contraprestación de las condiciones; igualmente si se presta por el deudor con posterioridad al nacimiento de la obligación la causa ha de presumirse existen en alguna contraprestación o rebaja adicional de la obligación: “La relación de garantía, sin perjuicio de depender de la deuda principal en virtud de su accesoriedad, tiene también vida, que viene condicionada autónomamente por esto que –dentro de una concepción muy amplia– se llama su causa: en particular, sería aplicable el art. 1124 en el caso de no existir o no cumplir el correspondiente cometido a cambio de la constitución de la garantía”, *op. cit.* p. 733. El problema se plantea con la garantía real prestada por tercero, en la que por influencia de ordenamientos foráneos, se suele indicar que tiene naturaleza abstracta. Considera el autor que no se trata de abstracción sino de *externalidad* de la causa respecto del acreedor al que no le es oponible el posible incumplimiento de la causa del contrato entre garante y deudor.

CARRASCO PERERA sin embargo, considera que hay que identificar la causa con la finalidad de garantía, causa con presupuesto de la garantía, desechando los argumentos que critican esa equiparación en los casos en los que se garantiza una obligación ya suficientemente garantizada: “El art. 1857.1 CC exige que la hipoteca se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación que, además, deberá expresarse en la inscripción (art. 12 LH). La finalidad de aseguramiento de una obligación determinada es, pues, un presupuesto de validez del contrato de hipoteca. Pero, como confirman los arts. 142 y 153 bis LH al permitir la constitución de hipoteca en garantía de obligaciones futuras, lo determinante no es la existencia de la obligación en el momento de la constitución del gravamen. Por otra parte hay finalidad de garantía aunque la obligación que se asegura con hipoteca esté asegurada con otras garantías (sean reales o personales). Cosa diferente es que el Ordenamiento impida –por otras razones distintas a la falta de causa– la constitución de hipotecas solidarias (arts. 119 LH y 14 LHMPD) o que la exigencia de varias garantías en aseguramiento de la misma obligación, al determinar una desproporción con respecto al riesgo asumido por el acreedor, pueda ser considerada abusiva en condiciones generales de la contratación (v. cláusula 18ª de la disposición final 1ª de la LGDCU)”, CARRASCO PERERA, A. (2015), *Tratado de los derechos de garantía*, Edit. Aranzadi, Navarra, pp. 685-686..

En cambio para ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI “los contratos de garantía real no tienen propiamente una causa. Se fundamentan exclusivamente en la publicidad, pero... ¿puede un deudor mejorar a los

Es cierto que la relación accesoriedad no supone una atribución de valor alguno al acreedor garantizado, aun cuando la hipoteca tiene un valor propio, como resulta del hecho de que el derecho de hipoteca puede a su vez ser hipotecado¹¹⁴. Pero la relación entre hipoteca y obligación garantizada adquiere tintes de reciprocidad, conllevando la garantía hipotecaria un fortalecimiento del crédito que funciona y se desliga de las vicisitudes ordinarias de la solvencia del deudor, de la actuación negligente o dolosa del mismo, e incluso de los estados concursales. Aun cuando el deudor transmita la finca el adquirente o nuevo titular soporta la garantía¹¹⁵ sin necesidad de asunción de la deuda, quedando además intacta la responsabilidad patrimonial universal del deudor. Y asimismo la garantía hipotecaria es ejecutable incluso en los supuestos de concurso del deudor, cuando el bien no resulte necesario para continuar la actividad profesional o empresarial del concursado y bajo las condiciones de la Ley Concursal¹¹⁶.

acreedores unilateralmente? La respuesta es afirmativa: mientras no sea insolvente. Sólo en el caso de insolvencia –el pasivo es superior al activo: no hace falta que sea judicialmente declarada – el deudor pierde el poder de disposición y tiene obligación de presentarse a concurso: *par conditio creditorum*; las garantías constituidas a partir de la insolvencia son fraudulentas y pueden ser impugnadas por fraude de acreedores ejercitando la acción revocatoria o pauliana (cfr. STS de 26 de septiembre de 1974). Pero mientras no sea insolvente el deudor puede, sin exigencia de causa, negociar a sus acreedores por medio de la garantía real o por la escritura pública. Es un beneficio que la ley otorga a la publicidad”. ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A., (1987), *Curso de derechos reales, tomo II*, Ed. Civitas, Madrid, p. 139.

¹¹⁴ BLASCO GASCÓ, F, *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*.

¹¹⁵ Art. 1876 CC: “La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida. Art. 1879 CC: El acreedor podrá reclamar del tercer poseedor de los bienes hipotecados el pago de la parte del crédito asegurada con los que el último posee, en los términos y con las formalidades que la ley establece”. Ya en la LEC, el art. 685 obliga a dirigir la demanda ejecutiva hipotecaria frente al deudor, y en su caso, frente al hipotecante no deudor y al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes, acreditación de la adquisición que la jurisprudencia y la DGRN han equiparado a la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad con carácter previo a la demanda. O el art. 689 de la LEC para el caso de que de la certificación registral expedida por el registrador apareciere que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio no hubiere sido requerida de pago judicial o notarialmente.

¹¹⁶ De acuerdo con el artículo 56.1 de la Ley Concursal, Ley 22/2003 de 9 de julio: “Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. En particular, no se considerarán necesarias para la continuación de la actividad las acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación, siempre que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas no suponga causa de resolución o modificación de las relaciones contractuales que permitan al concursado mantener la explotación del activo. Las actuaciones en curso se suspenderán salvo que se incorpore testimonio de la resolución del juez del concurso de que los bienes no están afectados a la actividad del concursado. Si es el tercer poseedor el concursado el concurso no afecta a la garantía.

Las restantes ejecuciones ordinarias no podrán ser despachadas o se suspenderán luego que sea declarado el concurso, art. 55 de la Ley Concursal.”

El segundo fortalecimiento del crédito se desarrolla desde la perspectiva de la preferencia respecto de otros acreedores. Esta preferencia se instrumenta a través de la preferencia crediticia de los créditos hipotecarios respecto de los restantes acreedores sobre los bienes inmuebles, con excepción de los créditos a favor del Estado sobre los bienes de los contribuyentes por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada de los impuestos que graviten sobre ellos y de los créditos de los aseguradores sobre los bienes asegurados por los premios de seguro; y entre los créditos hipotecarios a través de la preferencia del rango, esto es, por orden de antigüedad de las inscripciones en el Registro de la Propiedad, arts. 1923 y 1927 del CC.

En similares términos se pronuncia BLASCO GASCÓ, para quien la “seguridad o garantía que otorga la *hipoteca* radica en:

a) La sujeción expresa de un bien (o varios) determinado a la satisfacción del crédito para cuya seguridad se constituye. (Que, en general, deriva del artículo 1.911 C.C.)

b) El carácter preferente de dicha satisfacción: el precio obtenido mediante la realización del valor del bien se destina con preferencia a la satisfacción del interés del acreedor *hipotecario*.

c) La realización del valor del bien inmueble a través de procedimientos de ejecución especialmente previstos y, por tanto, sin necesidad de obtener una previa sentencia declarativa ni de proceder al embargo del bien. Los procedimientos de ejecución *hipotecaria* son realmente apremios sobre los bienes *hipotecados*¹¹⁷.

A nuestro juicio, lo expuesto no puede ser meramente interpretado desde el prisma de la oponibilidad del derecho *erga omnes*, sino que supone un fortalecimiento o robustecimiento del crédito sobre el que el acreedor ejerce su derecho, con valoración económica y utilidad propia que se constituye el

¹¹⁷ BLASCO GASCÓ, *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, op. cit.

poder inmediato del acreedor sobre la cosa hipotecada, sin necesidad de la ejecución de la garantía.

2.2.1.2. La oponibilidad *erga omnes* de la hipoteca. La inscripción constitutiva

La constitución de la hipoteca, como hemos reiterado, permite que el acreedor pueda perseguir el bien hipotecado incluso una vez haya salido del patrimonio del deudor, y que el tercer poseedor o adquirente de la finca hipotecada deba soportar la ejecución de la hipoteca hasta el límite de la responsabilidad asegurada, incluso aunque no haya asumido frente al acreedor la deuda. Este es el efecto de desenvolvimiento más evidente de la hipoteca.

Tratándose de un derecho de garantía este requisito de la absolutividad del derecho se concreta en la oponibilidad de la garantía: el acreedor puede ejercer su derecho sobre la finca hipotecada frente a terceros, bien sean otros acreedores, bien sean titulares posteriores de derechos sobre la finca, porque la garantía les es oponible.

La oponibilidad del derecho frente a terceros tiene una relación directa con la apariencia o publicidad de dicho derecho: sólo podrá ser respetada y deberá ser soportada aquella garantía (aquel derecho real) que sea conocido. Y si no es conocido y se adquiere un derecho contradictorio con aquél, la absolutividad del poder del titular de la garantía o del derecho puede llegar a ceder en favor del tercero. No significa ello que ceda el poder absoluto que supone el derecho real sobre la cosa, sino que aparecen mecanismos de protección de la apariencia: la seguridad jurídica y la protección de la buena fe¹¹⁸.

¹¹⁸ “Para terminar con las cargas ocultas se establecen los principios de publicidad y especialidad de las cargas reales. La propiedad está primariamente afecta al crédito (tutela de los acreedores: necesario en el desarrollo de una sociedad de capital), cualquier excepción al principio de la igualdad de los acreedores (la afectación de la propiedad como garantía) tiene que estar públicamente constituida. Los mecanismos de publicidad de las cargas son dos: la posesión para los bienes muebles (prenda) y la

En palabras de GORDILLO CAÑAS “no hay más clave de inteligencia e interpretación de nuestro sistema inmobiliario-registral que el de la doctrina de la protección de la apariencia”¹¹⁹. En el caso de la hipoteca inmobiliaria la protección de la apariencia garantía constituida sobre la misma se realiza a través de la publicidad en el Registro de la Propiedad, lo que nos lleva al análisis de la cuestión sobre la naturaleza constitutiva de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad. Así lo expresan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS para quienes “en materia de derechos reales, la apariencia se encuentra muy estrechamente ligada con los medios de publicidad. Todo medio de publicidad crea una apariencia y, viceversa, toda apariencia es ya en sí misma un cierto instrumento de publicidad”¹²⁰.

La inscripción registral en nuestro Derecho hipotecario no tiene carácter constitutivo ni obligatorio, de la misma manera que impera en nuestro Derecho civil el principio espiritualista y de libertad de forma, de forma que los derechos reales para su constitución y nacimiento, no requieren sino del título y del modo, pero no de la inscripción, cuya finalidad en esencia, se relaciona con el principio de oponibilidad a tercero. De original y propio califica GORDILLO CAÑAS nuestro sistema de publicidad registral que compagina “la eficacia plenamente aseguradora de la inscripción con su carácter declarativo, o simplemente publicador, y voluntario”¹²¹. Igualmente,

inscripción para los inmuebles (hipoteca)”, ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A., *Curso de derechos reales, Tomo II, op. cit.* p. 103.

¹¹⁹ GORDILLO CAÑAS, A. (1994), *Las peculiaridades de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica*, *op. cit.* p. 22. A su juicio la teoría de la apariencia parte, en la encrucijada entre la seguridad estática o seguridad de los derechos y la seguridad dinámica o seguridad del tráfico, de la necesidad de proteger al tercero de buena fe” (...) “lo que en sí era sólo apariencia, valdrá para el tercero de buena fe como si fuera la realidad”, *op. cit.* p. 30.

¹²⁰ DÍEZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.* p. 266.

¹²¹ GORDILLO CAÑAS, A. (2001), “La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 54, n° 1, p. 11. Insiste en que esta función, más que declarativa, publicadora del Registro de la Propiedad, se agota y explica en la oponibilidad al tercero, en la protección de la apariencia, sin añadir nada a la constitución del derecho real, que nace y despliega efectos al margen de la inscripción. Como es conocido aplicará también esta tesis, como luego desarrollaremos, al calificar el carácter de la inscripción en la hipoteca: “El derecho real, en cuanto poder inmediato y directo en la cosa, es posible a partir de la entrega, y desde entonces es por sí mismo, o naturalmente, oponible erga omnes. La oponibilidad, por tanto, no adviene extrínsecamente al derecho real como una concesión graciosa de la publicidad registral. Otra cosa es, naturalmente, que cuando la publicidad se omite y el tercero interesado desconoce inculpablemente la existencia del

LACRUZ para quien “en el derecho español no podemos hablar de que exista un tal principio de inscripción, a diferencia, por ejemplo, del derecho alemán”. Ello porque la inscripción no se exige, como en el Derecho alemán, para la transmisión de los derechos reales, salvo la hipoteca, y porque la inscripción en el Registro de la Propiedad, salvo algunos supuestos, es voluntaria”¹²².

Tanto en la referencia anterior como en la práctica totalidad de las definiciones que sobre la hipoteca hemos recogido en el presente capítulo, se hace mención al carácter constitutivo de la inscripción en la hipoteca. Así para ALBADALEJO es un derecho de constitución registral en cuanto que es necesaria su inscripción en el Registro de la Propiedad para que nazca¹²³; en esta misma línea de la tesis más extrema sobre la significación de la inscripción en el nacimiento del derecho de hipoteca se sitúa GÓMEZ GÁLLIGO para quien “no es que la hipoteca no sea oponible frente a terceros inscritos (régimen general del artículo 606 CC y 32 LH) sino que la hipoteca no existe ni siquiera inter partes (cfr. artículo 1875 CC)”¹²⁴.

Para DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS el carácter constitutivo de la inscripción para el nacimiento del derecho real de hipoteca se anuda a la falta de desplazamiento de la posesión al constituirse la garantía y la necesidad de publicar el derecho: “La publicidad significa que la hipoteca es un derecho de constitución registral y que la inscripción en el Registro de la Propiedad tiene carácter constitutivo. Ello se explica en atención a que, al no existir desplazamiento de la posesión y continuar los

derecho real, no pueda éste perjudicarlo. Esto, que se limita a ser una muy razonable y justificada medida de protección de la buena fe de los terceros, no llega a privar al derecho real de su natural oponibilidad, ni a elevar la publicidad registral a ingrediente constitutivo del derecho real publicado. Por ello es perfectamente comprensible la posibilidad de un sistema de transmisión de los derechos reales en el que el Registro de la Propiedad quede completamente al margen, y, *eo ipso*, la configuración de un Registro que, justamente en razón de su propia vocación, sea tan sólo publicador: esto es, cuya exclusiva función consista en vehicular la absolutividad u oponibilidad natural de los derechos reales a los terceros que no tengan conocimiento de su existencia permaneciendo ajeno, en consecuencia, a la constitución de tales derechos reales y a la efectividad de su transmisión cuando esta se calibra inter partes o sus efectos se proyectan hacia terceros conocedores”, *op. cit.* pp. 16-17.

¹²² LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, (2001), *Elementos de derecho civil. Sistema inmobiliario registral*, Ed. Dykinson, Madrid, p. 39.

¹²³ ALBADALEJO GARCIA, *Derecho Civil III*, p. 746.

¹²⁴ GÓMEZ GALLEGU, F.J. (2000), “La normalización del Derecho Hipotecario procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 659, mayo-junio 2000, p 1890.

bienes en manos del hipotecante, si no recibiera publicidad por vía registral podrían existir hipotecas ocultas o desconocidas, con grave merma de la seguridad de los adquirentes de los bienes y de los posibles acreedores que concedieran créditos precisamente en vista de la situación jurídica de los bienes”¹²⁵; LASARTE la califica como “derecho inscrito en el Registro de la Propiedad”¹²⁶; y claramente para BLASCO GASCÓ para quien “la *hipoteca* es un derecho real de constitución registral, es decir, la inscripción tiene carácter constitutivo como medio de publicidad ante la ausencia del desplazamiento posesorio”¹²⁷.

¹²⁵ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.* p. 485. DÍEZ PICAZO fundamenta publicidad en el principio de la seguridad jurídica: los sistemas de publicidad registral se crean para garantizar el desenvolvimiento seguro del tráfico negocial, “se trata de conseguir que el desarrollo de los negocios y de las transacciones se realicen en un ordenamiento jurídico que esté dominado por la idea de seguridad. Dotar de seguridad a los negocios significa favorecerlos, y con ello una buena parte del desarrollo económico de toda la colectividad, que en tales negocios encuentra su fundamento. Desde este punto de vista, hemos señalado que seguridad jurídica no es sólo exigibilidad o certidumbre del sistema normativo aplicable al caso, sino que es también seguridad de los derechos subjetivos pertenecientes a particulares, porque se considera de justicia que se respete la titularidad dominical o de cualquier otro derecho perteneciente a una persona. En ese punto, seguridad jurídica y seguridad de los derechos se liga inevitablemente con “seguridad del tráfico”. Como se ha dicho, el tráfico exige que la persona que interviene en él no tenga que llevar a cabo investigaciones agotadoras de los títulos del que negocia con ella, y que no tenga que ir más allá de lo razonable. Por consiguiente, la oportunidad de no quedar expuesto a pretensiones de fundamentos desconocidos o inesperados, la inmunidad frente a este tipo de pretensiones es una regla con una carga clara de seguridad jurídica. Es perfectamente claro también, que todos los mecanismos que tienden a formalizar inscripciones registrales en los registros públicos con el fin de que frente a los terceros puedan jugar, con ella, un principio o una pretensión de exactitud registral, persigue la misma finalidad”, DÍEZ-PICAZO, L. (2009), “Controles públicos y tráficados privados”, *Revista Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 5, Tirant lo Blanch.

¹²⁶ LASARTE, C., *op. cit.* p. 40.

¹²⁷ BLASCO GASCÓ, F., *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, sin identificar el requisito de inscripción como forma *ab solemnitate*, sino como complemento del título, a modo de *traditio ficta*. En todo caso para el mismo la hipoteca no sólo requiere la inscripción para el nacimiento del derecho real, sino que el contenido de la hipoteca ha de ser el que conste en el asiento registral, de forma que sólo podrá ejecutarse de acuerdo con el contenido que ha accedido al Registro, de conformidad con el artículo 130 de la LH: “El carácter constitutivo de la inscripción significa no sólo que la acción directa contra los bienes *hipotecados* solamente se puede ejercitar como realización de una *hipoteca* inscrita, sino que además sólo se puede ejercitar sobre la base de los extremos contenidos en el asiento de inscripción. Es decir, la acción *hipotecaria* sólo se puede ejercitar si la *hipoteca* se inscribe en el Registro y en los términos en que se inscriba”. Y desarrolla el argumento del carácter conformador de la inscripción respecto del contenido del derecho: “El carácter constitutivo de la inscripción registral de la hipoteca significa no sólo que la citada inscripción es un elemento esencial (junto con el título) para el nacimiento del derecho real de hipoteca, sino que, además, éste nace en los términos contenidos en el asiento de inscripción. De este modo, la inscripción registral confirma también el contenido del concreto derecho real de hipoteca: la hipoteca existe si el título constitutivo es válido y está legítimamente inscrito y en los precisos términos en que se inscribió. Así, el art. 130 de la Ley Hipotecaria dice que el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre los extremos contenidos en el asiento respectivo (lo cual puede plantear algún problema en relación con el contenido del art. 12 de la Ley Hipotecaria que permite inscripción (transcripción) de todas las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras si se califica favorablemente las cláusulas de trascendencia real).”, BLASCO GASCÓ, *Instituciones de derecho civil, derechos reales, derecho registral inmobiliario*, pp. 444-445.

Esta naturaleza constitutiva de la inscripción del derecho de hipoteca, como excepción al principio de eficacia meramente declarativa o publicadora en la terminología de GORDILLO CAÑAS, tiene su explicación en el contenido del artículo 1875 del CC conforme el cual *“además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad”*¹²⁸.

Siguiendo a la doctrina mayoritaria la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha posicionado sin fisuras en la naturaleza constitutiva de la inscripción registral, distinguiendo entre el contrato de constitución de hipoteca, que tiene efectos inter partes y que puede perjudicar a terceros, del derecho real de hipoteca, que requiere para su constitución de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Así lo explica la reciente sentencia de la Sala Primera nº 368/16 de 3 de junio de 2016¹²⁹, en que se enjuiciaba la responsabilidad civil de un notario por la posposición de una hipoteca: “Esta Sala ha dicho muchas veces, y no pone ahora en cuestión, que la inscripción de la hipoteca es constitutiva, en el sentido de que el derecho real de hipoteca no nace ni se adquiere sino si y en momento en que la correspondiente escritura se inscribe en el Registro; pero eso no significa que el contrato o negocio jurídico de constitución de hipoteca, así formalizado, no exista sin la inscripción [STS 1108/2007, de 18 de octubre (Rec. 4494/2000)], ni que el conocimiento de tal contrato o negocio jurídico no pueda perjudicar a terceros [STS 638/1986, de 31 de octubre].” Y distinguiendo los efectos inter partes de la constitución del derecho real la sentencia que se cita en la anterior, de 17 de octubre de 2007, para la cual “debe distinguirse el negocio jurídico de constitución de hipoteca, formal o solemne, del derecho real. La inscripción en el Registro de la Propiedad es elemento constitutivo del derecho real de hipoteca. Pero aquel contrato constitutivo de hipoteca queda perfeccionado

¹²⁸ Igualmente el artículo 145 de la LH exige para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, que se hayan constituido en escritura pública y que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad. Para GORDILLO CAÑAS, siguiendo a SÁNCHEZ ROMÁN, la redacción de del artículo 1875 del CC se debió a un error y la redacción (del entonces) artículo 146 de la LH al intento de armonizar la Ley Hipotecaria con el Código Civil.

¹²⁹ ROJ STS 2576/2016.

cuando han concurrido sus elementos, incluida la forma y desde tal momento, las partes quedan obligadas: se ha formado la relación jurídica que les vincula entre ellos y sin alcanzar a tercero (artículos 1255 y 1257 del Código civil.)”¹³⁰.

La misma distinción entre los efectos inter partes del contrato de constitución de hipoteca y el nacimiento del derecho real de hipoteca admite CARRASCO PERERA:

“Para que las hipotecas que no son de constitución *ex lege* queden válidamente constituidas (art. 1875.1 CC) o establecidas (art. 145 LH) se exige que el documento en que se constituyan (art. 1875 CC) o la escritura pública en que se constituya la hipoteca voluntaria (art. 145 LH) se inscriba en el Registro de la Propiedad. A pesar de que tampoco en esta ocasión se establece si tales requisitos lo son de validez del contrato de hipoteca o de constitución del derecho real de hipoteca, lo correcto es entender que el contrato de hipoteca es válido sea cual sea la forma en que se haya celebrado y que, como tal, es eficaz *inter partes*. El documento público exigido en los arts. 1875.1 CC y 145 LH no es un requisito para validez del contrato, sino un requisito para inscribir, si bien de por sí –aunque no esté inscrito– el documento público hace prueba frente a tercero de la existencia del contrato documentado (art. 1218 CC). La inscripción –y, para ello, la previa existencia de un documento público– es sólo un requisito imprescindible para que el

¹³⁰ ROJ: STS 6432/2007. Los efectos de la sentencia, sin embargo, se limitan a los que resultarían de una obligación de garantía. Los hechos de la sentencia son los siguientes: los demandados había otorgado contrato de garantía hipotecaria de la sociedad codemandada a favor de la actora, sin que sin embargo, llegara a inscribirse el mismo. La demanda pretendía la resolución de este contrato de hipoteca y la condena solidaria al pago con la sociedad codemandada a los otorgantes de la obligación garantizada. No se reclama ninguno de los efectos especiales de la garantía hipotecaria.

La sentencia también de la Sala Primera de 26 de enero de 2000 (ROJ: STS 415/2000) contempla la aplicación del principio de *prior tempore* a dos hipotecas, resultando postpuesta la de fecha anterior a la segunda, sin que quede acreditado negocio de postposición de rango. El TS declara: “Ante todo hay que partir de la base del principio registral de la prioridad en el tiempo –“*prior in tempore, potior in iure*”– y que supone, lisa y llanamente, que el derecho inscrito anterior es preferente respecto al posterior. Ahora bien, el caso de la concurrencia de dos o más hipotecas sobre una finca, es uno de los ejemplos emblemáticos dentro de la prioridad registral; y hay que afirmar paladinamente que la hipoteca inscrita anteriormente prevalece sobre la inscrita después; teniendo en cuenta, además, que a efectos de la prioridad, la fecha de la inscripción es la del asiento de presentación del documento correspondiente, según preconizan los artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria, y sobre todo teniendo en cuenta que la inscripción registral de la hipoteca tiene naturaleza constitutiva, según se determina en el artículo 1.875-1 del Código Civil y el artículo 145 de dicha Ley Hipotecaria.”

derecho de hipoteca sea oponible como tal a terceros, incluidos los restantes acreedores en caso de concurrencia de créditos (cfr. art. 1923.3 CC y 90.2 LCom.). Aun así, la mera constancia documental del crédito hipotecario, aun sin inscripción, permitirá oponerlo “ex” art. 1924.3 A) CC a los restantes acreedores. Por ello la afirmación de que la inscripción de hipoteca tiene carácter constitutivo sólo es correcta si está referida a la oponibilidad frente a terceros del derecho de hipoteca, no a la validez del contrato”¹³¹.

Contrariamente GORDILLO CAÑAS para quien, como hemos ya avanzado, todos los derechos reales se constituyen a partir del título o contrato causal y la entrega o *traditio* de la cosa, siendo la inscripción registral voluntaria y con finalidad de publicitar el derecho, generando una protección de la apariencia a través del principio de fe pública registral. No es excepción la hipoteca, a pesar de la redacción del artículo 1875 del CC. Frente al argumento de que la inscripción sustituye a la *traditio* objeta la propia naturaleza de la hipoteca, la constitución de una garantía sin pérdida de la posesión por el deudor, a diferencia de la prenda. En todo caso y a su juicio “la constitución de la hipoteca, por la inmediatividad del efecto jurídico-real propio del contrato real *quod effectum* que la hace nacer, no es posible el desdoblamiento entre el momento obligacional inter partes propio del título y el momento jurídico real y erga omnes en que opera la tradición o el modo”¹³². Y en relación a la oponibilidad respecto de terceros manifiesta que la preferencia en cuanto al rango deriva de la escritura pública en que se documenta y que la protección de terceros en relación a la no oponibilidad de las cargas ocultas se instrumenta a través de un sistema de inscripción no constitutiva como el nuestro.

Debemos nosotros ser críticos con la discusión doctrinal planteada por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque la dicción legal admite pocas dudas. La redacción originaria del artículo 1875 del CC ha continuado

¹³¹ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. *op. cit.*, pp. 677-678.

¹³² GORDILLO CAÑAS, A. *La inscripción...* *op. cit.* pp. 100-101.

en el actual artículo 145 de la LH, pero también en el defectuosamente interpretado artículo 149 de la LH¹³³, al exigir que la cesión de la titularidad de la hipoteca conste obligatoriamente en el Registro de la Propiedad para provocar la transmisión no del crédito sino de la garantía. Se trate de una excepción al criterio general del carácter declarativo de la inscripción o se trate de una desviación errónea o intencionada del sistema de inscripción declarativa, lo cierto es que pocas dudas de interpretación permiten los citados preceptos en orden a la eficacia real de la hipoteca, esto es, a la eficacia de la misma como derecho real. La posible eficacia *personal* del contrato de constitución de hipoteca no alcanza los efectos reales de la garantía que hemos analizado, por cuanto sólo será exigible frente al deudor, y frente a terceros, acreedores o no, conocedores del contrato. Pero esta oponibilidad frente a estos terceros conocedores del contrato no puede fundamentarse en el principio de la oponibilidad *erga omnes* de los derechos reales, sino en el principio del deber de respeto de la totalidad de los derechos o situaciones jurídicas y en definitiva en el principio de la buena fe. Sin los efectos de la reipersecutoriedad, el *ius distrahendi* y la preferencia de créditos la hipoteca funciona como una obligación de garantía, en la que el bien determinado para dicha garantía no podrá nunca separarse de la llamada *pars conditio creditorum* ni perseguirse fuera del patrimonio del deudor, salvo los supuestos legalmente previstos de protección del patrimonio del deudor en todo caso.

En segundo lugar, debemos convenir con BLASCO GASCÓ, que instrumentado el *ius distrahendi*, la ejecución de la hipoteca, a través del procedimiento judicial (o extrajudicial) legalmente previsto, por la prohibición del pacto comisorio, el artículo 130 de la LH obliga a que la ejecución se ajuste

¹³³ “El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere por el suyo. El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente”.

En la disposición final novena apartado 5 de la LEC 1/2000 se daba nueva redacción al artículo 130 de la LH recogiendo de forma expresa el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca. La ley 41/07 de 7 de diciembre, sin embargo, modifica la redacción del precepto haciendo desaparecer toda referencia a dicho carácter constitutivo de la inscripción, redacción que es la que se mantiene en la actualidad.

al contenido del asiento¹³⁴. Por tanto, si la hipoteca no está inscrita en el Registro de la Propiedad no podrá ser ejecutada ni judicial ni extrajudicialmente, por lo que la realización del valor, el cobro de la garantía, será inefectivo.

Queda por último analizar la preferencia de crédito de que se habla por la doctrina y que derivaría del contenido de los artículos 1923.3 y 1927.2 del CC. La preferencia de estos créditos hipotecarios se supedita en todo caso a la inscripción, por lo que de no existir la misma la preferencia resultaría o de la escritura pública de constitución o de la fecha del crédito. Pero obsérvese que el artículo 1875 del CC no parece exigir documento público sino para su inscripción registral, lo que en todo caso redundaría en lo que hasta ahora hemos dicho sobre la necesidad de la inscripción, no para la oponibilidad a tercero, sino para el propio ejercicio del derecho real de hipoteca en su fase de ejecución.

¹³⁴ “*El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo*”.

Capítulo 3

EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA¹³⁵

3.1. Significación del procedimiento

Hemos indicado con anterioridad que el derecho real de hipoteca se caracteriza en su fase de ejecución, por el llamado *ius distrahendi* o derecho realización del valor de la finca hipotecada, que define la garantía. Pese a que

¹³⁵ Hacemos referencia exclusivamente al procedimiento judicial de ejecución hipotecaria. La ley Hipotecaria, en su artículo 129, sigue manteniendo el llamado procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, a través de la venta extrajudicial del bien hipotecado ante notario. La regulación del procedimiento, que coexistía ya con el antiguo artículo 131 de la LH, ha sufrido una importante modificación a raíz de la Ley 1/13 de 14 de mayo, en materia del valor de tasación de la finca, pero sobre todo permitiendo que el notario que considere que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pueda tener carácter abusivo, lo ponga en conocimiento de deudor, acreedor, hipotecante no deudor y avalista a los efectos oportunos, como que acuerde la suspensión del procedimiento cuando se le acredite haberse planteado ante el juez competente incidente sobre el carácter abusivo de algunas de las cláusulas contractuales.

El procedimiento originario fue declarado inconstitucional por la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia nº 402/1998 de 4 de mayo (ROJ: STS 2802/1998) que declaró la inconstitucionalidad sobrevenida de los artículos 129 de la LH y las normas de rango reglamentario que lo desarrollaban, arts. 234 a 236 inclusive del Reglamento Hipotecario. Consideraba el TS que “lo que se pretende “es desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial”, finalidad que no resulta compatible con la concepción constitucional de la ejecución, como poder reservado a la jurisdicción, sin que pueda oponerse a esta reserva la excepción de que tal ejecución tiene su origen en un contrato, e *item más*, en la voluntad específica de las partes de acudir al procedimiento cuestionado, puesto que no cabe disponer de las normas imperativas de Derecho público. Tampoco puede sostenerse como continua diciendo el preámbulo de dicha disposición- que “la ejecución de la hipoteca constituye el ejercicio de un derecho privado”, pues este precedente de autoejecución se asemeja a la defensa privada justamente proscribida por la intervención de los Tribunales de justicia. Este “derecho privado” que pugna con los principios de las sociedades de civilización desarrollada, no puede mezclarse con el “derecho del acreedor a la enajenación de la cosa hipotecada”, que, así dicho, sin matizaciones, puede confundirse con el prohibido pacto comisorio o, en un terreno, más general, con la clásica y superada confusión entre el derecho material y la acción procesal, contemplada desde esta vertiente ejecutiva”. La reserva de la jurisdicción exclusiva a los órganos judiciales del artículo 117 de la CE y la imposibilidad de oposición en el seno del procedimiento de ejecución extrajudicial del ejecutado, de conformidad con el artículo 24 de la CE, determinaron la mencionada declaración de inconstitucionalidad sobrevenida por el TS, en la interesante sentencia comentada.

La ley 1/13 da respaldo legal al procedimiento y nuevo impulso al mismo. El propio TS en su sentencia nº 483/16 de 14 de julio de 2016 (ROJ: STS 3412/16) ha respaldado el procedimiento en la actual redacción dada al mismo por la Ley 1/13, que permite al notario la suspensión del procedimiento hasta la resolución del incidente judicial sobre cláusulas abusivas.

El procedimiento requiere en todo caso pacto expreso de las partes contratantes para su admisión. Esta cláusula introducida en un contrato celebrado con consumidores, por sí misma, no ha sido considerada abusiva por la jurisprudencia del TJUE, sentencia de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13) siempre que esa normativa no haga imposible o excesivamente difícil en la práctica la salvaguardia de los derechos que dicha Directiva atribuye al consumidor, lo que corresponde verificar al tribunal remitente.

no llegue esta a ser ejecutada por cumplimiento voluntario del deudor u otra causa referida a la obligación asegurada, no podemos obviar que la posibilidad de la ejecución frente al deudor, frente al tercero poseedor, frente al hipotecante no deudor, frente a los restantes acreedores del deudor y en definitiva, *erga omnes*, sin vinculación a la solvencia del deudor, es la fuerza de la garantía real hipotecaria y su auténtica significación económica¹³⁶.

Pero como ya hemos tenido ocasión de indicar, y resulta del artículo 1859 del CC¹³⁷, la prohibición del pacto comisorio le obligará en todo caso a acudir a los mecanismos procesalmente establecidos para la realización del valor del bien y a través de ellos, para la satisfacción de su crédito¹³⁸. Por ello,

¹³⁶ Sin embargo de lo cual diversos autores destacan la importancia de la llamada fase de seguridad de la hipoteca. GÓMEZ GÁLLIGO resume, siguiendo a DORAL, el contenido de la misma: el crédito hipotecario permite al acreedor hipotecario pedir la ampliación de la hipoteca en el caso de disminución del valor de los bienes hipotecados; goza el acreedor hipotecario de la ya comentada acción de devastación; y asimismo del derecho a recibir, como comprendidas dentro del crédito hipotecario y a través del mecanismo de la subrogación real, las indemnizaciones debidas al propietario por razón de los bienes inmuebles hipotecados, siempre que el hecho que las motivara tenga lugar después de la constitución de la hipoteca (art. 110.2 CC), GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. *op. cit.* pp. 1890-1891.

¹³⁷ “*El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas*”. Referido a la prenda el artículo 1872 del CC dispone que “*El acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder ante Notario a la enajenación de la prenda. Esta enajenación habrá de hacerse precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y, si tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito. Si la prenda consistiere en valores cotizables, se venderán en la forma prevenida en el Código de Comercio*”. Prohibición del pacto con sanción de nulidad se contempla para la anticresis en el artículo 1884 del CC: “*El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble*”.

¹³⁸ Por pacto comisorio se entiende “la cláusula incorporada a un contrato de garantía en virtud de la cual el acreedor queda facultado para hacer suya la cosa ofrecida en garantía, directa y automáticamente, o a través de un procedimiento de ejecución privada, en caso de incumplimiento de la obligación principal asegurada BUSTOS PUECHE, J.E., *op. cit.* pp. 557-558. Se sostienen diversas teorías doctrinales para justificar la prohibición del pacto comisorio en nuestro Derecho, prohibición en la que coincide la doctrina con base en el citado artículo 1859 del CC. Entre ellas se destaca por BUSTOS PUECHE: la teoría de la tutela jurídica del deudor, fundamentada en la necesidad de protección del deudor frente a situaciones de necesidad en las que se viera obligado a entregar la cosa a cambio del crédito; teoría técnico-jurídica, el acreedor tendría derecho al valor de la cosa no a la cosa misma; teoría de la tutela de otros acreedores, que podrían ver mermado su derecho al remanente sobre el crédito garantizado; teoría de la inmoralidad del acto, haciendo referencia a la falta de justicia de un enriquecimiento o negocio del acreedor por la deuda de su deudor; y teoría de la ejecución privada a la que se adscribe el autor citado, entendiendo que lo que se prohíbe es la ejecución privada, el pacto de entrega o de ejecución al margen del mecanismo procesal establecido para ello, *op. cit.* pp. 561-564.

La prohibición del pacto comisorio ha sido asimismo reiterada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como ejemplo la sentencia nº 33/1996 de 29 de enero, de la Sala Primera (ROJ: STS 7952/1996): “la hipoteca no está conceptuada en nuestro Código Civil como un modo de adquirir la propiedad, art. 609 de dicho texto legal, y por definición carece de facultades transmisivas a ese respecto, al menos, de presente, al ser un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles, y que asegura el cumplimiento forzoso de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de llevar a cabo, en su caso y momento oportuno, la realización del valor de

los mecanismos procesales para obtener la ejecución de la garantía hipotecaria tienen una notable importancia en el contenido propio del derecho real de garantía, lo que justifica que tratemos tanto el aspecto sustantivo del derecho real como los aspectos procedimentales más relevantes de la ejecución hipotecaria. No se trata de realizar un estudio procesal del procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, sino de indagar sobre los principios que inspiran el procedimiento y sobre su actual significación, a la vista de la jurisprudencia constitucional, nacional y europea, en orden a dibujar de un modo global el funcionamiento de la garantía hipotecaria¹³⁹.

aquellos, enajenándoles y percibiendo su precio a través del procedimiento legalmente establecido, y buena prueba de ello es la prohibición del pacto comisorio que establece el art. 1.859 de aquel”.

Criterio también reiterado por la doctrina de la DGRN. La Resolución de 21 de febrero de 2013 (BOE 19-3-2013) por ejemplo, resume la conceptualización y justificación de la prohibición del pacto comisorio:

“ a) El pacto comisorio surge cuando el acreedor se reserva el derecho de apropiarse de una cosa dada en garantía. Por tanto constituye una exigencia su vinculación a una garantía real. Esta facultad de apropiación el Código la veta cuando se liga al incumplimiento de la obligación garantida; como pacto sobreañadido a una garantía real (artículo 1859 -que omite la proscripción expresa del pacto en contrario y, más claramente, artículo 1884 del Código Civil), quizá porque altera un elemento sustancial de la garantía, como es que el ejercicio del "*ius distraendi*" se canalice a través de uno de los procedimientos de ejecución legalmente previstos.

b) Al emanar de una norma imperativa, la prohibición del pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, sino que resulta también aplicable a toda suerte de negocios jurídicos, ya sean indirectos, simulados o fiduciarios, simples o complejos, que persigan fines de garantía. Siempre que bajo estos esquemas contractuales se detecte una "causa garantice", se habrá de aplicar igualmente la norma prohibitiva del artículo 1859 del Código Civil, siendo nulas las estipulaciones contrarias al espíritu y finalidad de aquélla (cfr. artículo 6.4 del Código Civil (Resolución de 20 de julio de 2012 y Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000, 26 de abril de 2001 y 4 de diciembre de 2002), si bien esta nulidad, en principio, sólo afecta a la cláusula comisorio (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000).

c) El comiso prohibido, es el que se conviene ex ante. La ratio de la prohibición no es sino asegurar, en los términos vistos, la conmutatividad de contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor, que se prevalece de la necesidad de crédito que tiene el deudor, y el perjuicio que para el deudor se derivaría de la eventual diferencia entre el importe de la deuda y el valor actualizado del bien objeto de la garantía al tiempo en que es susceptible de ejecución. De ahí que la necesidad de desactivar el pacto cuando más se pone de relieve es cuando nace coetáneamente con la obligación a cuya suerte se liga su efectividad. Por eso tradicionalmente se admitió, si bien con cautelas, la introducción de esta facultad comisorio si se efectuaba con posterioridad al nacimiento de la obligación que se garantizaba, mediante el denominado pacto ex intervalo (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1980 y 16 de mayo de 2000). Por eso, la Resolución de 20 de julio de 2012 no se refiere al supuesto en que la deuda esté vencida y sea líquida.”

¹³⁹ “la ayuda del Derecho Procesal me parece muy importante para acabar de entender cabalmente los derechos reales de garantía. Quizás la doctrina civilista ha descuidado la consideración de este aspecto que, aun cuando no sea sustantivo, tiene, a mi juicio, superlativa importancia” BUSTOS PUECHE, *op. cit.* p. 550. Desde el punto de vista del jurista práctico la distinción entre el derecho sustantivo y el derecho procesal no es tan acusada como en el ámbito doctrinal, en tanto el derecho se examina a través su ejercicio concreto, por lo que sólo puede ser pedido y defendido, y por supuesto declarado, en el seno del procedimiento correspondiente. En esta materia de derecho real de hipoteca, la fuerza del procedimiento de ejecución hipotecaria acaba como impregnar la totalidad del derecho real e incluso del derecho de crédito ejecutado, como hemos señalado, por lo que sólo una visión global del mismo nos permitirá indagar en la génesis del título ejecutivo a la que posteriormente nos referiremos.

Es destacada generalmente la significación económica en relación con el crédito inmobiliario y territorial del procedimiento de ejecución hipotecaria, conectándose la agilidad y facilidad de la ejecución de la garantía con el aumento de la concesión de créditos y con la disminución de los tipos de interés. Cuando los acreedores cuentan con mecanismos procesales adecuados para conseguir la recuperación de la garantía se genera seguridad en el mercado y aumento de la concesión del crédito. GUZMÁN FLUJA resalta el carácter del mecanismo procesal como defensa de los acreedores que tienen garantizado el crédito mediante una hipoteca o una prenda, concluyendo que los “procesos de ejecución hipotecaria tienen una enorme trascendencia para la seguridad del mercado”¹⁴⁰.

Sin embargo, los hechos desencadenados a raíz de la crisis económica de los últimos años han puesto de manifiesto perspectivas diferentes que nos muestran la trascendencia del procedimiento de ejecución hipotecario en otras facetas del orden económico y social. Conviene retomar en este momento la reflexión sobre la trascendencia de la garantía hipotecaria en relación al derecho de acceso a la vivienda. La inversión económica que requiere la adquisición de un inmueble necesita normalmente de la concesión de crédito bancario, crédito que suele sustentarse sobre la base de la garantía real

¹⁴⁰ GUZMÁN FLUJA, V.C. (2005), “Reflexiones en torno a la ejecución hipotecaria en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”, en *La Ejecución Civil*, Moreno Catena, V.(dir.), *Estudios de Derecho Judicial*, nº 53/2004, CGPJ, Madrid, p. 2.

GÓMEZ GÁLLIGO recoge el informe del Banco Mundial sobre el desarrollo mundial de 1997 en relación a los factores capaces de reducir la pobreza y fomentar la inversión, resaltando como los más importantes:

“a) La definición de los «*property rights*» o derechos de propiedad, ya que sin bases seguras que los garanticen no existe crédito. La legislación de un Estado que quiera ofrecer un marco adecuado para el desarrollo económico, debe proteger los derechos reales de forma que no existan pleitos o litigios sobre la propiedad o al menos que no exista margen de imprevisibilidad en la eventual decisión que un juez pueda adoptar en un pleito.

b) Al mismo tiempo –insiste el Banco Mundial– esta legislación debe ofrecer bases seguras de recuperación de las garantías para el supuesto de impago de los créditos, a través de procedimientos ágiles basados en la protección de los derechos de crédito y de propiedad”.

Y continúa sosteniendo que “una vez celebrado libremente el contrato, debe ser cumplido; no sólo por el aforismo clásico «*pacta sunt servanda*», sino porque un incumplimiento sistemático de las obligaciones contractuales se traduce en un decrecimiento económico. Es decir, no sólo son razones jurídicas, sino económicas las que impulsan la seguridad jurídica. En concreto, la existencia de normas que garanticen la recuperación de las garantías va a determinar una consiguiente reducción de los tipos de interés”. GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (2000), “La normalización del Derecho Hipotecario procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 659, p. 1859. Sin embargo la experiencia de la crisis ha puesto de manifiesto que en la fluctuación de los tipos interés no se haya tan influida por la percepción de la seguridad de los procesos de ejecución nacionales como por otros factores de índole monetaria y económica.

hipotecaria. Es impensable que un crédito de la cuantía y duración como los normalmente concedidos para la adquisición de una vivienda pueda otorgarse sobre la base de la mera solvencia personal del deudor. Cuando la concesión del crédito lo es para la adquisición de un inmueble que tendrá la consideración de vivienda habitual de una unidad familiar, el procedimiento de ejecución hipotecaria va a tener una influencia directa en el derecho constitucional a la vivienda, y las consecuencias de la ejecución un alto coste social.

Si el Derecho reconoce la trascendencia del procedimiento para la estimulación de la economía, no puede volver la espalda a las consecuencias que se generan con los lanzamientos (mal llamados desahucios) en los casos de vivienda familiar o familias sin suficientes recursos (deudores en situación de especial vulnerabilidad, en la terminología legal). No se trata en estos casos de negar la consecuencia del funcionamiento de la garantía hipotecaria y del poder directo sobre la cosa dada en garantía, sino de responder, también procesalmente, a la situación de exposición al riesgo de exclusión social que ciertas ejecuciones hipotecarias provocan. Sin ser materia de este estudio la cuestión apuntada, no podemos dejar de señalar la trascendencia social del procedimiento al que nos enfrentamos en este capítulo. Terminología esencialmente jurídica y procesal se ha convertido en uso cotidiano de grupos sociales y particulares afectados por las ejecuciones hipotecarias (obsérvese la popularidad de términos como titulización, dación en pago, restructuración de la deuda, cláusulas abusivas, etc.).

Para CASTILLO MARTÍNEZ es este nuevo prisma y su relación con el derecho de consumo, el que debe orientar el enfoque analítico del procedimiento de ejecución hipotecaria en la actualidad:

“Ciertamente, en el ámbito normativo de la UE el derecho a la vivienda constituye un derecho fundamental garantizado por el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de los que el tribunal nacional debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13/CEE especialmente en relación con las consecuencias que genera

el lanzamiento del consumidor y su familia de la vivienda que constituye su residencia habitual. Y desde esta perspectiva entiendo que debe ser analizado un proceso de ejecución cuya más destacada especialidad se ha venido localizando de manera esencial en la limitación de las posibilidades de oposición del deudor, y únicamente justificado históricamente por cuanto que la existencia de dicho procedimiento posibilita el acceso al crédito para la adquisición de la vivienda a personas que de otro modo carecerían de dicha posibilidad...”¹⁴¹.

En el informe anual de la Relatora Especial de Vivienda de Naciones Unidas sobre la “financiarización de la vivienda”, Sra. Raquel Rolnik, de fecha 10 de agosto de 2012, se contiene un lúcido examen sobre la relación del sistema de financiación basado en préstamos con garantía hipotecaria a familias de bajos ingresos que, tras la crisis económica se han visto expuestas a procedimientos de ejecución hipotecaria, con expresa referencia a los datos recabados de nuestro país

La discrepancia entre los niveles de ingreso y el alza vertiginosa de los precios y alquileres de las viviendas, combinada con el desempleo, se tradujo en un aumento del impago, las ejecuciones hipotecarias y el número de personas sin hogar. Estos procesos se vieron exacerbados por los ajustes jurídicos e institucionales destinados a facilitar las ejecuciones, que se han promovido en los últimos años como “imprescindibles para desarrollar el sistema de financiación de la vivienda”. El paradigma que consideraba la propiedad de la vivienda como la forma de tenencia más segura ha resultado ser falso, dado que uno de los principales resultados de las crisis recientes ha sido el aumento de las ejecuciones hipotecarias. En España se han ejecutado más de 350.000 hipotecas desde 2007, y en 2011 tuvieron lugar aproximadamente 212 ejecuciones y 159 desalojos al día. La crisis ha afectado

¹⁴¹ CASTILLO MARTÍNEZ, C. (2016), *Negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria. Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 156.

desproporcionadamente a los más pobres y vulnerables, que fueron los últimos en ingresar en los mercados hipotecarios y los primeros en sufrir las consecuencias de las crisis en razón de su escasa resiliencia a las conmociones económicas y su poca capacidad de pago. Algunas investigaciones recientes indican que la mayor parte (el 70%) de los impagos registrados en España guarda relación con la crisis del empleo y que el 35% de las propiedades ejecutadas pertenecen a migrantes¹⁴².

Si como causas de la globalización de la crisis inmobiliaria se han señalado la generalización del acceso a la vivienda en propiedad y la titulización de los préstamos y créditos hipotecarios, se plantea NASARRE AZNAR si no habría que reconsiderar la adquisición en propiedad de la vivienda como el más idóneo método de satisfacción del derecho a la vivienda, en términos similares a los expuestos por la Sra. Relatora Especial de Naciones Unidas:

“Si hemos comentado que una de las causas principales en la originación [*sic*] de la crisis ha sido la generalización de la vivienda en propiedad y que ésta está sufriendo, en gran medida, sus consecuencias, nos debemos plantear finalmente si la vivienda en propiedad sigue siendo una forma adecuada y universal para el acceso a la vivienda. Aunque de ella se pueden predicar unos valores que apenas existen en otras formas de tenencia, lo cierto es que por primera vez a nivel europeo la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial está advirtiéndole que ésta no puede ser forma de tenencia universal, al exigir en su art. 18 la necesidad de evaluación y superación del test de solvencia del futuro deudor hipotecario que, de no superarlo, no podrá contratar la hipoteca en cuestión. También lo ha hecho para España, aunque más veladamente, la Ley 1/2013 al decirle a las entidades de crédito que aquellos

¹⁴² Informe anual de la Relatora Especial de Vivienda de Naciones Unidas sobre la financiarización de la vivienda, Sra. Raquel Rolnik, de fecha 10 de agosto de 2012, [<http://observatoridesc.org/es/informe-relatora-vivienda-naciones-unidas-financiarizacion-vivienda>]. Consultado on line 19-11-2016.

préstamos hipotecarios que superen el 80% LTV no pueden ser refinanciados mediante valores hipotecarios (art. 4.1.6 Ley 1/2013)”¹⁴³.

La relación del procedimiento de ejecución hipotecaria con el derecho a la vivienda contenido en el artículo 11.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha sido puesta de manifiesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con ocasión de la Queja 2/14, habiendo concluido el Comité la violación de nuestro Estado del citado precepto en relación con el artículo 2.1 del Pacto. Considera el Comité que el derecho a la vivienda es un derecho base para el disfrute de los demás derechos, e incluye el derecho al acceso a un recurso judicial efectivo y a la comunicación previa y apropiada así como con plazo suficiente del desahucio de dicha vivienda. En este sentido considera que los actos de notificación adecuada en el proceso cuando, como en el caso, involucra un derecho humano, han de ser objeto de supervisión judicial, acudiéndose únicamente a la citación edictal como último recurso¹⁴⁴.

Las medidas legislativas previstas en orden a la suspensión de los lanzamientos de las personas en situación de especial vulnerabilidad, de renegociación o reestructuración de la deuda, suspensión del devengo de intereses, y en última instancia dación en pago, a través de la articulación del llamado Código de Buenas Prácticas, junto con otras medidas de

¹⁴³ NASARRE AZNAR, S (2014), “La vivienda en propiedad como causa y víctima de la crisis hipotecaria”, *Revista Teoría & Derecho*, n° 16/2014, *Hipoteca y Vivienda*, Tirant lo Blanch, pp. 11-36.

¹⁴⁴ Los hechos de la queja son los siguientes: La actora vive en Madrid y el 15 de junio de 2007 adquiere una vivienda gravándola con préstamo hipotecario bancario resultando el impago del citado préstamo, por lo que la entidad bancaria liquida el mismo y promueve procedimiento de ejecución hipotecaria ante el Juzgado de Primera Instancia número 31 de Madrid, que despacha ejecución, procediendo al intento de notificación del auto y decreto del despacho de ejecución a la ejecutada en el domicilio registral. Al citado domicilio acude el Servicio Común de Notificaciones y Embargo en cuatro ocasiones, dos de ellas localizando al portero, que tras confirmar el domicilio manifiesta desconocer a la demandante, y acudiendo incluso en horas nocturnas el SCNE, siendo también en este caso imposible la notificación, por lo que el Juzgado procede a la notificación edictal en el tablón de anuncios del Juzgado, siguiendo el procedimiento. Tras señalarse la subasta se acude nuevamente al domicilio registral siendo negativa en dos ocasiones la notificación, y, tras dejar aviso, compareciendo la representación de la denunciante ante el Juzgado, momento en que ya toma conocimiento del procedimiento. La queja tiene relación con la ineffectividad de las notificaciones acudiendo sin más a la notificación edictal que careció además de toda publicidad externa al juzgado, lo que le impidió personarse en los autos y oponerse a la ejecución, máxime cuando se trataba de su vivienda habitual y en cuanto no pudo discutir la existencia de cláusulas abusivas que afectaban a la cuantía de la reclamación. La reclamante consideró que se vulneró su derecho a una vivienda adecuada del artículo 11 párrafo 1 del Pacto y el derecho al acceso efectivo a los tribunales de justicia.

modernización y corrección de ciertos déficit del procedimiento, sobre todo en materia de valoración, tasación del bien y adjudicación del bien hipotecado, son muestra de la permeabilidad del procedimiento de ejecución de la garantía a la realidad social indicada¹⁴⁵.

3.2. La pretensión hipotecaria. El *ius distrahendi*

La doctrina hipotecarista tradicional atribuye al acreedor hipotecario dos acciones distintas para conseguir el cobro de su crédito garantizado: de un lado la acción personal que deriva de la obligación asegurada y de otro la acción real hipotecaria, que se dirigirá directamente sobre el bien dado en garantía. Para PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS:

“el incumplimiento de la obligación garantizada con hipoteca confiere al acreedor dos tipos de acciones: la acción personal y la acción real. Mediante la acción personal se trata de actuar judicialmente el crédito hipotecario en cuanto derecho personal, el cual tiene como objeto directo no una cosa sino la conducta de una persona (el deudor). Mediante la acción real se trata de actuar judicialmente el crédito hipotecario, poniendo en acción el derecho real de hipoteca, el cual, como derecho real que es, tiene como objeto directo la cosa misma, sin

¹⁴⁵ El debate sobre la llamada dación en pago irrumpió con fuerza en el desarrollo de nuestro procedimiento de ejecución. Observemos que la dación en pago no es una modalidad del pacto comisorio, porque se produce cuando ya se ha incumplido la obligación de pago, como tampoco tiene relación alguna con la hipoteca de responsabilidad limitada que contempla el artículo 140 de la LH. Se produce como *datio pro soluto* de la deuda y no tiene prevención legal, más allá del pacto entre los contratantes, y de la escasa aplicación del Código de Buenas Prácticas, en nuestro derecho. Una fuerte crítica formulan LÓPEZ MEJÍAS y REQUENA TORRECILLAS para quienes “no pueden ni deben adoptarse medidas que, aunque traten de aliviar a corto plazo las dificultades de los deudores hipotecantes, terminen por destruir las bases de nuestro sistema hipotecario, contraviniendo con ello los principios de responsabilidad patrimonial universal del deudor y desconociendo la naturaleza y función de garantía de la hipoteca, su carácter accesorio, y una pluralidad de preceptos legales vigentes en nuestro ordenamiento”, considerando a la dación en pago como “corta de miras en su eficacia” y que a la larga provocará menor cobertura hipotecaria, plazos de devolución inferiores, garantías adicionales y pactos personales accesorios, que conseguirían finalmente las mismas garantías y seguridad para las entidades financieras y dificultarían enormemente el acceso al crédito para la obtención de vivienda en nuestro país”, LÓPEZ MEJÍAS, M. y REQUENA TORRECILLAS, C. (2014), “La dación en pago como medio de extinción de las obligaciones derivadas de préstamos con garantía hipotecaria”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio, Extraordinario*, pp. 147-166.

mediación de persona alguna: la acción hipotecaria se ejercita “directamente contra los bienes hipotecados (cfr. art. 129 LH)”¹⁴⁶.

Cuando el acreedor ejercita la acción hipotecaria, sigue diciendo PEÑA, no se promueve un verdadero procedimiento, porque nada se promueve frente a nadie, sino que se trata del mero desenvolvimiento del derecho real, del poder directo sobre la cosa, no existiendo legitimados pasivamente, ni en esencia la intervención del juez (o del notario) supone una intervención jurisdiccional, sino “cautelares legales que tradicionalmente se imponen a este ejercicio del derecho real de garantía con el fin de evitar fraudes a la prohibición del pacto comisorio”¹⁴⁷.

BAENA RUIZ se manifiesta en similar sentido, negando que exista procedimiento y por ello auténtica condición de parte del demandado

“no se le niega la condición de parte al acreedor, pues es llano que insta la actuación del juez. Donde el problema se enturbia, como hemos adelantado, es en el lado pasivo, pues ya no resulta, dada la especial naturaleza del procedimiento, que la actuación judicial se postule frente a alguien, pues lo que se solicita es la venta de la finca pero no una resolución declarativa de derecho o condenatoria de alguien, si bien también es cierto, que siempre va a existir un soporte personal en función del crédito que dio lugar a la hipoteca o por la especial relación con el bien hipotecado que va a posibilitar que alguna “persona” pueda oponer objeciones a la ejecución instada por el acreedor o tenga que defender algún interés en ella”¹⁴⁸.

Para ALBADALEJO es también la acción real la que se ejercita en el procedimiento de ejecución hipotecaria, distinguiéndola de la acción personal:

“Incumplida la obligación asegurada, el titular de la hipoteca puede (en cuanto que esta es la facultad *–ius distrahendi–* que forma básicamente el contenido de su derecho) instar la venta del inmueble (esté en poder

¹⁴⁶ PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.* p. 59

¹⁴⁷ PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, M. *op. cit.* p. 159-168.

¹⁴⁸ BAENA RUIZ, EDUARDO *op. cit.* pp. 25-26.

o propiedad de quien sea, pues su derecho de hipoteca es real) para obtener el pago de aquella con el precio que se consiga por éste.

Esto es, incumplida la obligación, el acreedor puede instar la acción real hipotecaria.

Además tiene la correspondiente acción personal propia de su derecho de crédito, para reclamar al deudor el cumplimiento de la obligación, y, en su defecto, exigirle daños y perjuicios.

Puede interponer una u otra acción o ejercitar ambas a la vez, acumulándolas, si lo desea. Pero eso no es posible cuando el procedimiento judicial que se utilice sea especial exclusivo para la acción hipotecaria”¹⁴⁹.

La doctrina procesalista reacciona a esta doble concepción de la acción, por trasladar al procedimiento una distinción de carácter netamente sustantivo, que ha afectado en gran medida a la concepción del procedimiento de ejecución hipotecaria. La acción, se dice, no es sino el revés del propio derecho subjetivo, el derecho en pie de guerra, en expresión popularizada. En el procedimiento no se ejercitan acciones, que nada añaden al derecho invocado, sino pretensiones¹⁵⁰. Y en este aspecto han de distinguirse pretensiones de índole declarativa distintas de las pretensiones ejecutivas, clase a la que pertenece la ejecución hipotecaria.

MONTERO AROCA expone los defectos de confundir acción con pretensión que deriva de la tesis expuesta, dado que al equiparar acción real hipotecaria con ejecución hipotecaria se vedaría al acreedor hipotecario el ejercicio de la acción hipotecaria en un procedimiento declarativo: “Adviértase la incomprensión por Roca Sastre de algo tan elemental como que la acción

¹⁴⁹ ALBADALEJO GARCÍA, M. *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, pp. 781-782.

¹⁵⁰ “la palabra acción hubiera servido sin dificultad para designar la idea a que la pretensión trata de dar hoy significado. Pero, como ya se ha puesto en otra ocasión de relieve, ha habido en este punto una curiosa desviación del esfuerzo doctrinal en torno a la verdadera solución del problema. La doctrina se ha esforzado, en efecto, más que por conocer la acción como génesis del proceso, por averiguar la esencial del poder jurídico a que dicha acción se halla conexonada, viniendo así a tratar de averiguar, no una cuestión de concreto significado procesal, sino un problema previo que rebasa los límites de tal especialidad” GUASP, J. (1952), “La pretensión procesal”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, fasc. 1, p. 29.

personal puede ser tanto declarativa como ejecutiva; para él la acción personal sólo podía ser declarativa y por eso decía que por medio de ella se perseguía una sentencia de condena. Por el contrario, después pareciera como si la acción real hipotecaria sólo pudiera ser ejecutiva, no pudiendo serlo declarativa. Es evidente que Roca Sastre no llegó a percatarse de la distinción entre declarar y ejecutar el derecho, por lo menos respecto de la naturaleza de llamada acción hipotecaria”¹⁵¹.

Debemos coincidir con la opinión expuesta por MONTERO AROCA no sólo desde un punto de vista dogmático, sino por las consecuencias que la concepción del ejercicio de la acción real hipotecaria ha tenido en la caracterización del procedimiento de ejecución hipotecaria y en su naturaleza jurídica. Tanto por exceder del carácter de este estudio como por los exhaustivos estudios sobre la cuestión, no vamos a realizar una exposición detallada de las distintas concepciones sobre la naturaleza jurídica del procedimiento de ejecución hipotecaria. Pero entendemos necesario un posicionamiento sobre la caracterización del procedimiento en relación con la vigencia en el mismo de los principios de audiencia y contradicción¹⁵².

¹⁵¹ MONTERO AROCA, J. (2012), *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 284. Concluye que “En la actualidad discutir sobre la naturaleza real o personal de una acción carece de sentido útil, porque la misma existencia de las acciones, en plural, está superada al responder a una concepción según la cual se confundía el derecho subjetivo y la acción³, tanto que Demolombe llegaba a decir que hablar de derechos y acciones era un pleonismo”, pp. 286.

¹⁵² Las distintas teorías que han explicado la naturaleza jurídica del procedimiento de ejecución hipotecaria pueden resumirse en las siguientes:

- a) quienes han considerado que no se trata de un proceso, no es un juicio, porque no se contiene en el mismo una declaración de derechos, no se admite oposición ni excepción y no existen verdaderas partes procesales. Se trataría de una mera sucesión de trámites, un procedimiento, para obtener la realización del valor de la finca.
- b) quienes consideraron que nos encontrábamos ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria, valorando que no existía ni contienda ni controversia y obviando, sin embargo, que no se producían ninguna de las peticiones características de este tipo de jurisdicción.
- c) simple enajenación sin proceso. El gran problema apreciado por la doctrina procesalista se refiere a la intervención judicial, que siempre conlleva actuación jurisdiccional.
- d) las teorías procesalistas han caracterizado el procedimiento de distintas formas: quienes considerador (Menéndez Pidal) que se trataba de un procedimiento ejecutivo documental hipotecario, a modo de procedimiento monitorio; quienes, con amparo en la doctrina del Tribunal Supremo, han visto una mera vía de apremio, aun cuando sin definir qué se entienda por tal. En esta última tesis se enfatiza la base registral del procedimiento en atención al carácter constitutivo de la inscripción que se atribuye por sus defensores (Roca Sastre). Y por último la tesis de que se trata de un procedimiento de ejecución (Guasp), o un procedimiento de ejecución especial.

Sostener que en el procedimiento de ejecución hipotecaria se ejercita la acción real hipotecaria carece de efectos prácticos. Decir que la acción real hipotecaria se dirige de manera directa y exclusiva contra los bienes hipotecados¹⁵³, nada añade al diseño del procedimiento de ejecución hipotecaria, en tanto el mismo, de acuerdo con el contenido del artículo 682 de la LEC, sólo podrá promoverse cuando la ejecución se dirija contra bienes exclusivamente hipotecados o pignorados. Si lo que pretende es evidenciarse que junto con la ejecución de la hipoteca el acreedor cuenta además con la garantía de la responsabilidad universal del patrimonio del deudor, ello resulta no del tipo de acción ejercitada sino del contenido del artículo 1911 del CC y del artículo 105 de la LH¹⁵⁴. La especial prescripción de veinte años que el artículo 1964 del CC sigue atribuyendo a la acción hipotecaria carece de virtualidad en el procedimiento de ejecución hipotecaria, en el cual la excepción de prescripción no podrá alegarse, de conformidad con el contenido del artículo 695 de la LEC¹⁵⁵. Y es cierto que si se entiende que la acción real

¹⁵³ PUIG BRUTAU, *op. cit.* p. 459, añade que va siempre incorporada al título ejecutivo.

¹⁵⁴ “La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo mil novecientos once del Código Civil.”

¹⁵⁵ La doctrina se plantea el funcionamiento de la prescripción diferenciada de la acción hipotecaria respecto de la acción personal, hoy especialmente relevante, al establecer el artículo 1964 del CC un plazo prescriptivo de las acciones personales de cinco años, frente al plazo de los veinte años establecido para la prescripción de la acción hipotecaria. El Tribunal Supremo en su sentencia nº 1331/2007 de 10 de diciembre de 2007 (ROJ: STS 8130/2007), recogiendo la doctrina contenida en su sentencia de 8 de noviembre de 1960, recuerda que el crédito garantizado con hipoteca se convierte en un crédito hipotecario, al que la ley privilegia con un plazo prescriptivo superior al que correspondería según la naturaleza jurídica de la obligación, aunque también inferior al que sería de aplicación al propio derecho real de hipoteca: instituida la hipoteca en nuestro Derecho, de acuerdo con su naturaleza tradicional, como un refuerzo y, conforme declara el artículo 105 de la Ley Hipotecaria, para el aseguramiento de una obligación personal, ha de estimarse consecuencia natural y lógica de ello que ésta quede amparada bajo aquella institución con todo el alcance y la extensión que a la misma reconoce la Ley... la acción hipotecaria, y precisamente en razón a la accesoriedad de la hipoteca en relación con la obligación personal que garantiza, no puede imaginarse sin el “*prius*” que llega a constituir un elemento esencial de su concepto, del crédito asegurado y para el cual nace y adquiere la necesaria eficacia, extremo que no podía olvidar el legislador cuando al redactar el artículo 1964 del Código civil fijó en veinte años de plazo prescriptivo de la misma, y mucho menos cuando en el propio precepto establecido el de quince años para el de las acciones personales que no tuvieran plazo especial descriptivo señalado, con referencia sin duda a las obligaciones que no estuvieran aseguradas con hipoteca... no dándose dentro del derecho común, acciones personales de mayor plazo prescriptivo que las de los quince años a que alude dicho artículo 1964, no hubiera sido racional señalar un plazo mayor en cinco años a la prescripción de la acción hipotecaria si no había de comprenderse asimismo en ese plazo mayor la del crédito asegurado, pues de otro modo y por el tiempo de la diferencia habría que admitir una hipoteca vacía, o hipoteca independiente, o deuda inmobiliaria que en nuestro Derecho no tiene cabida...el crédito hipotecario, dados los términos del artículo 104 de la expresada ley hipotecaria, constituye una carga o gravamen del inmueble o derecho real de igual naturaleza que la hipoteca, que como de mayor rango que el simple crédito personal, ha de prevalecer sobre éste; por todo lo cual la prescripción del crédito asegurado ha de eliminarse como causa de extinción de la hipoteca que lo garantiza, sin que el carácter

hipotecaria se ha de ejercitar únicamente a través del procedimiento de ejecución hipotecaria ello vendría a significar que fuera de este procedimiento el acreedor hipotecario no podría ejercitar la acción hipotecaria, lo que viene siendo discutido por una parte de la doctrina.

Es más ajustado entender que en el procedimiento de ejecución hipotecaria se ejercita una pretensión ejecutiva que tendrá unos caracteres especiales al ejercitarse en el proceso el *ius distrahendi*, contenido del derecho real de hipoteca. Esto es, la pretensión ejercitada es una pretensión ejecutiva, el procedimiento tiene naturaleza estrictamente procesal y su especialidad reside en la ejecución de la garantía real¹⁵⁶.

de accesoriadad de la última, pueda imponerse en tal supuesto, no operando, como queda dicho, la prescripción del crédito simple, cuando adquirió la superior condición que hipotecario.”

¹⁵⁶ Para GUASP el proceso aparece como mecanismo para la satisfacción de pretensiones, *op. cit.* p. 26. En este sentido viene a distinguir las múltiples pretensiones que pueden ser ejercitadas en el procedimiento en dos grandes grupos, según que lo solicitado sea la emisión de una declaración de voluntad por el Juez o la realización de una conducta física por el Juez distinta del mero declarar: en un primer caso hablaremos de peticiones y, por ende, de pretensiones de cognición declarativas, y en el segundo caso hablaremos de peticiones y, por ende, de pretensiones de ejecución o ejecutivas, *op. cit.* p. 47.

3.3. El procedimiento de ejecución hipotecaria como proceso de ejecución especial¹⁵⁷

Decir que el procedimiento de ejecución hipotecaria es un proceso de ejecución especial supone, en primer lugar, atribuirle naturaleza procesal. Con ello han de descartarse las tesis que niegan la caracterización del mismo como auténtico proceso, reduciéndolo a una sucesión de trámites que tienden a la venta o subasta del bien, a la realización del valor del mismo. Para la Exposición de Motivos de la LEC 1/2000 en la ley se “diseña un proceso de ejecución idóneo para cuanto puede considerarse genuino título ejecutivo, sea judicial o contractual o se trate de una ejecución forzosa común o de garantía hipotecaria, a la que se dedica una especial atención” y más adelante de forma ya expresa se dice que la “nueva regulación de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados supone un avance respecto de la situación precedente ya que, en primer lugar, se trae a la Ley de Enjuiciamiento Civil la regulación de los procesos de ejecución de créditos garantizados con hipoteca, lo que refuerza el carácter propiamente jurisdiccional de estas ejecuciones, que ha sido discutido en ocasiones...”. Finalmente, el Capítulo V del Título IV del Libro III de la LEC se titula *particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados* para reforzar su dependencia en cuanto

¹⁵⁷ El procedimiento de ejecución hipotecaria en la LEC tiene causa en el procedimiento del artículo 131 de la LH al que se remitía la anterior LEC de 1881. La regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria fuera de la legislación procesal era objeto de críticas, no sólo por la falta de unidad en el texto procesal de los distintos procedimientos existentes, sino porque ello evidenciaba un refuerzo del carácter registral frente al procesal del procedimiento.

El procedimiento del artículo 131 de la LH, como explica BARONA VILAR, “se introduce a través de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, siendo perfeccionado posteriormente mediante el Reglamento de 1915 (mediante la reforma de los arts. 202 y 203) y la Ley de 27 de agosto de 1932, que, de alguna forma, vino a sentar los cimientos del actual procedimiento del art. 131 de la LH. Posteriormente, fue la reforma de 1944-46 la que, junto al Reglamento de 1947 y posteriormente la última reforma de 1986, ha venido a dar a este procedimiento la configuración que en la actualidad posee” de forma que con anterioridad a la citada Ley los acreedores hipotecarios sólo podían acudir o a la vía del juicio ejecutivo especial o a la del juicio declarativo, lo que, citando a ROCA SASTRE, sostiene la citada autora, provocó “un retraimiento de los prestamistas y con ello un aumento de los tipos de interés, lo que afectaba a alguien más a que un sector pequeño de acreedores, y que provocó la creación de un procedimiento breve, rápido, sencillo y mucho más económico, con mayor seguridad de cobro para los mismos acreedores” BARONA VILAR, S. (1994), “El procedimiento ejecutivo del art. 131 de la Ley Hipotecaria (sobre las SSTC 217/1993, de 30 de junio y 296/1993, de 18 de octubre)”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, nº 3, pp. 327-328. Un estudio detallado sobre la historia del procedimiento y sus características esenciales lo encontramos en la obra citada de MONTERO AROCA, *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, pp. 145-146.

al tipo de procedimiento y regulación común al procedimiento de ejecución general¹⁵⁸.

Se trata de un procedimiento de ejecución, por tanto, en que la pretensión es una pretensión ejecutiva. El procedimiento de ejecución implica la actuación coactiva del Estado, tendente, como explicaba CHIOVENDA a “obrar en el ánimo del obligado para inducirlo a cumplir la ley (ejecución indirecta o psicológica), o la adopción de medidas de subrogación, que son actividades de tercero dirigidas a conseguir el bien que debería ser prestado por el obligado, independientemente de su prestación (ejecución directa)”¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Doctrina y jurisprudencia había sostenido que el procedimiento del artículo 131 de la LH, precedente legislativo de la actual regulación legal del procedimiento de ejecución hipotecaria, no era un verdadero procedimiento, ni siquiera un proceso de ejecución. Así DÍAZ FRAILE con apoyo en la jurisprudencia sostenía que “se trata de un procedimiento de pura actuación procesal del derecho de hipoteca (Peña, Roca-Sastre, etc.), en el que la acción hipotecaria se dirige directamente contra los mismos bienes gravados. Por ello ha podido afirmar el Tribunal Supremo (vid. Sentencia de 24 de marzo de 1983) que el procedimiento judicial sumario constituye un simple proceso de ejecución dirigido a la realización del valor de cambio de la finca que carece de fase contenciosa y se atiene a los estrictos datos del Registro, por cuanto entraña una acción directa contra los bienes. E incluso en sentencia de fecha posterior (de 12 de noviembre de 1985) llega a afirmar el propio Tribunal Supremo que, teniendo en cuenta los trámites del procedimiento y principalmente la inexistencia de enfrentamiento entre las partes, dicho procedimiento no puede calificarse de juicio declarativo, ni siquiera de juicio ejecutivo, sino que constituye simplemente una vía de apremio dirigida contra los bienes hipotecados, no precedida de cognición, es decir, no hay acción personal ni previa discusión o contención. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha asumido esta caracterización, afirmando en su sentencia de 17 de enero de 1991, en la que reitera su posición de sentencias anteriores, que “este tipo de procedimiento se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores o acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, y que el deudor sigue afirmando el Tribunal Constitucional, como los terceros poseedores o acreedores posteriores, más allá de la posibilidad de detener la ejecución mediante el pago, para lo que la ley establece que debe hacerse el oportuno requerimiento, apenas tiene posibilidad de contención” DÍAZ FRAILE, *op. cit.* pp. 50-51. En el mismo sentido PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS: “no parece que la simple exigencia de intervención judicial – que según el texto de la LH puede, en ciertos casos, ser sustituida por la intervención notarial- determine siempre un proceso si, en rigor, nada se pretende frente a nadie, sino el puro y simple desenvolvimiento del derecho real que, como tal, implica un poder inmediato sobre la cosa. En esta actuación judicial y en tanto nadie se oponga en los términos que la Ley permita (a los presupuestos de la actuación judicial, al modo, a la inmisión en la posesión que la actuación de la hipoteca implica) puede haber afectado, pero no parte legitimada pasivamente” *op. cit.* pp. 150-160. También GÓMEZ GÁLLIGO para quien “el procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados no regula un juicio declarativo, ni siquiera uno ejecutivo, sino que constituye una vía de apremio directamente contra los bienes hipotecados, sin previa fase de cognición, ni controversia, ni existencia de partes, que remite a los interesados para la defensa de sus derechos a la vía ordinaria”, *cp. cit.* pp. 1886-1887.

¹⁵⁹ CHIOVENDA, J. (1922), *Principios de derecho procesal, tomo I*, traducido por José Casáis, Edit. Reus, Madrid, p.283. La ejecución forzosa se caracteriza como actividad procesal por la doctrina, siendo su contenido el poder coactivo para conseguir el cumplimiento de la obligación. En ese sentido GARBERÍ LLOBREGA: “Por proceso de ejecución forzosa (arts. 517 a 520 LEC) puede entenderse, pues, el conjunto de actuaciones y trámites procesales que se suceden ante los tribunales como consecuencia del incumplimiento de la obligación contenida en un título de ejecución, entre el sujeto activo (que recibe el nombre de ejecutante) y el sujeto pasivo de la obligación incumplida (que se denomina ejecutado), y

La potestad de ejecución se atribuye constitucionalmente en nuestro país a los Tribunales (art. 117 de la LEC), con lo que la totalidad de la ejecución debe considerarse como actividad jurisdiccional, que se instrumenta naturalmente a través del proceso, porque no otra actividad se desarrolla en los órganos judiciales¹⁶⁰.

Siendo por tanto la ejecución hipotecaria un procedimiento judicial donde se ejerce una pretensión, deberemos analizar el contenido de la misma en relación con el derecho real de hipoteca que venimos analizando. En palabras de MORENO CATENA

“Al igual que sucede en el proceso de declaración, la ejecución forzosa tiene por objeto una pretensión, que no persigue ahora la declaración del derecho, pues ya consta en el título de forma indiscutible, sino precisamente que el órgano judicial realice las actividades coactivas necesarias para dar satisfacción al derecho del ejecutante habida cuenta del incumplimiento del ejecutado. Así pues, la pretensión de ejecución se compone, como la de declaración, de una causa de pedir y de una petición. La causa de pedir se concreta en el título de ejecución; representa, en primer término, el hecho jurídico que faculta para demandar la ejecución y, en segundo lugar, por sí mismo fundamenta la posición del ejecutante, que nada tiene que probar sino el propio título, pues éste marca los límites y la medida de las actividades en que se concreta la ejecución forzosa. La pretensión ejecutiva se integra no sólo con el título, sino que precisa de una petición del ejecutante, que se concreta en una declaración de voluntad dirigida al órgano judicial

que tiene como exclusiva finalidad la de conseguir el cumplimiento de dicha obligación en sus propios términos (o por su equivalente pecuniario de no resultar posible aquella clase de cumplimiento estricto de la obligación de que se trate), mediante la adopción de todas las medidas coactivas o coercitivas que sean necesarias, proporcionadas y útiles a tal fin”, GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2015), *Procesos declarativos y proceso de ejecución*, 4ª Edición, Edit. Bosch, Barcelona, pp. 511.

¹⁶⁰ A nuestro juicio, la definición por parte del Tribunal Constitucional del procedimiento del artículo 131 de la LH como vía de apremio no niega el carácter jurisdiccional del procedimiento. El apremio formaba parte de la ejecución en la LEC de 1881, si bien la configuración del procedimiento de ejecución era ciertamente desordenada y bastante deficitaria en relación a la posición del deudor y las facultades de oposición. Creemos que la referencia a la vía de apremio no pretendía sino poner el acento en el objeto del procedimiento, en el *ius vendendi* que se ejercitaba, esto es, en que la limitación de los motivos de oposición y reacción del deudor hipotecario constituían un procedimiento en que se pasaba directamente a la realización (subasta) de los bienes.

y formulada frente al ejecutado, de que realice determinadas actuaciones concretas, o las que sean necesarias, para satisfacer su derecho ya declarado. La petición permite conocer, en primer lugar, dónde llega la responsabilidad actual del ejecutado; qué actuaciones se instan (los bienes que se señalan para el embargo, la realización del hacer por un tercero a costa del ejecutado, la indemnización de daños y perjuicios, etc.), marcando las actividades que el órgano judicial deberá ordenar”¹⁶¹.

El procedimiento ejecutivo requiere para su ejercicio de un título ejecutivo, lo que denomina MORENO CATENA, la causa de pedir. Este es el contenido del artículo 517 de la LEC cuando exige fundar la acción ejecutiva en un título que tenga aparejada la ejecución. No existe por tanto ejecución sin título ejecutivo¹⁶², que además viene caracterizado por el requisito de la tipicidad, esto es, sólo llevan aparejado la ejecución aquellos títulos que la ley establece, sólo tienen *fuerza ejecutiva* los títulos indicados expresamente por la ley.

El primero de estos títulos ejecutivos es la sentencia, que ha presupuesto la previa actividad cognitiva y la declaración del derecho por el juez, tras el procedimiento en que las partes han expuesto sus pretensiones con observancia de los principios de audiencia y contradicción, y que ha adquirido firmeza.

Junto a la sentencia se incluyen los laudos arbitrales, los acuerdos de mediación, los autos de cuantía máxima de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y las resoluciones procesales y documentos a las que la ley concede fuerza ejecutiva. Y finalmente los llamados en la Exposición de Motivos de la LEC 1/2000, títulos contractuales. Los primeros se justifican en la existencia de mecanismos alternativos al

¹⁶¹ MORENO CATENA, V. (2000), *La ejecución forzosa*, en *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo IV, Coord. CORTÉS DOMÍNGUEZ.V. y MORENO CATENA. V., Tecnos, Madrid, p. 57.

¹⁶² Para MONTERO AROCA la definición de proceso de ejecución es precisamente “aquel en el que se realiza por el órgano jurisdiccional una conducta física productora de un cambio real en el mundo exterior para acomodarlo a lo establecido en el título”, MONTERO AROCA, J. (2016), *Derecho Jurisdiccional I, Parte General, 24ª Ed.* MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J.L./ BARONA VILAR, S.,(Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 210.

proceso o en resoluciones que emanan de procedimientos específicos (piénsese en el decreto de preclusión del juicio monitorio), en tanto que los segundos se fundamentan en la propia génesis del título, dándole fuerza ejecutiva a un contrato que de no documentarse en la forma dispuesta por la ley, obligaría a acudir al proceso declarativo con carácter previo a la ejecución, para así obtener la sentencia o el auto que abriría el proceso ejecutivo¹⁶³.

Es esencial en los llamados títulos contractuales, en primer lugar, su carácter documental. No abre la ejecución un contrato de préstamo, pero sí puede ser título ejecutivo si se documenta en póliza intervenida notarialmente. No puede ser objeto de ejecución una fianza personal documentada en contrato privado, pero sí lo puede ser si el contrato se documenta en escritura pública. Para MONTERO AROCA se trata de títulos de origen contractual, definiéndose como actos jurídicos que se documentan con tales garantías que la ley atribuye fuerza ejecutiva¹⁶⁴. En palabras BERCOVITZ se traslada la mayor eficacia de los contratos otorgados en escritura pública al ámbito procesal, configurándolos como títulos ejecutivos¹⁶⁵.

El segundo requisito de los títulos contractuales es su carácter típico¹⁶⁶, esto es, sólo llevan aparejada la ejecución aquellos títulos a los que la ley

¹⁶³ “estamos ante tutelas judiciales privilegiadas en su máxima expresión. Frente a la tutela ordinaria, las tutelas privilegiadas pueden consistir en regular procesos de declaración especiales, pero en el privilegio se da un paso todavía mayor cuando la ley convierte a determinados documentos, revestidos de determinadas garantías y realizados por las partes, en títulos ejecutivos, pues entonces se trata de que quien dispone de uno de esos documentos puede acudir al proceso de ejecución sin necesidad de una declaración previa del derecho”, MONTERO AROCA, J.(2016), *Derecho jurisdiccional II. El proceso civil*, 24ª Ed., MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J.L./ BARNOA VILAR, S./ CALDERON CUADRADO, M.P. (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 480-481.

¹⁶⁴ MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, op. cit, p.505.

¹⁶⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009), *Introducción al derecho de contratos*, en *Tratado de Contratos, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 120.

¹⁶⁶ ORTELLS RAMOS sostiene que la legitimidad para atribuir a un cierto documento el carácter de título ejecutivo no reside en la voluntad del legislador exclusivamente, sino que debe venir fundamentada en la legitimidad de esta atribución, que sólo se entiende sobre la base de la aceptación de esta vinculación al carácter ejecutivo atribuido al contrato: “En primera línea de las preocupaciones de la política jurídica y de la ciencia jurídica, en esta materia, está la cuestión de la legitimación de los títulos ejecutivos extrajudiciales. Estos títulos comportan la creación de relaciones de supremacía y sujeción entre particulares, relaciones que son ejecutivas, aunque puedan ser contrarrestadas por una oposición incidental dentro del proceso de ejecución donde puedan ser eliminadas mediante una impugnación de la ejecución lícita en un proceso de ejecución separada. La legitimidad de esta clase de títulos necesita descansar, primero, sobre la aceptación voluntaria de quien queda situado en estado de sujeción a la actividad ejecutiva y, segundo, sobre una certeza suficiente de que esa aceptación voluntaria ha sido realmente expresada. En definitiva, a falta de legitimidad para imponer títulos

otorga fuerza ejecutiva, y que para nuestro procedimiento civil vienen enumerados en el artículo 517 de la LEC.

Junto con estas dos características es requisito para la ejecución de título no judicial que los mencionados títulos ejecutivos documenten una deuda dineraria, de acuerdo con el contenido del artículo 520 de la LEC¹⁶⁷.

La ley no exige que el título acredite por sí mismo la existencia actual de la deuda reclamada. Lo que atribuye el título, por su naturaleza documentada, es la certeza de la relación jurídica documentada y tipificada. Y la presentación del documento con las formalidades legales permite la apertura del procedimiento de ejecución¹⁶⁸, en la que la discusión sobre la extinción de la deuda se deja a la promoción, *oposición*, del deudor. El juez ante la presentación del título revestido de las formalidades legales procederá al despacho de la ejecución, que proseguirá hasta la íntegra satisfacción del acreedor (art. 570 LEC), salvo que el deudor excepcione, y pruebe, una causa de oposición tasada que permita declarar en todo o en parte no procedente la ejecución¹⁶⁹.

ejecutivos que puede ser reconocida a los poderes públicos, la única fuente de legitimidad de los títulos creados por y entre particulares es la libre vinculación”, ORTELLS RAMOS, M. (2013), “La ejecución forzosa civil. Tres cuestiones sobre qué ejecutar, quién puede o debe hacerlo y cómo”, *Revista de Derecho*, Año 12, n° 1 22, pp. 110-111.

¹⁶⁷ “1. Cuando se trate de los títulos ejecutivos previstos en los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º del apartado 2 del artículo 517, sólo podrá despacharse ejecución por cantidad determinada que exceda de 300 euros: 1.º En dinero efectivo.

2.º En moneda extranjera convertible, siempre que la obligación de pago en la misma esté autorizada o resulte permitida legalmente.

3.º En cosa o especie computable en dinero.

2. El límite de cantidad señalado en el apartado anterior podrá obtenerse mediante la adición de varios títulos ejecutivos de los previstos en dicho apartado.”

¹⁶⁸ “se trata de un documento que, por disposición expresa de la ley, se convierte precisamente en un título de ejecución, constituyendo por sí sola condición necesaria y suficiente para despacharla; por tanto, con independencia de que la obligación documentada sea exigible, requiriéndose sólo su regularidad formal, es decir, que reúna los requisitos por cada documento concreto”, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./ GIMENO SENDRA, V./ MORENO CATENA, V. (1993), *Derecho procesal, Proceso Civil*, Tirano lo Blanch, Valencia, p. 269. En el mismo sentido, MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional II, el Proceso civil, op. cit.*, p. 498: “lo importante es la existencia del título con todos sus requisitos. Instada la ejecución y comprobada la regularidad formal del título, el tribunal tendrá el deber de despacharla y de realizar todos los actos ejecutivos. El ejecutante no precisa más que presentar el título sin que deba probar nada más”.

¹⁶⁹ Sobre todo en la doctrina italiana (Carnelutti, Liebman, Mandiola, Chiovenda, Rendenti, entre otros), aunque también en la alemana, se produce una discusión sobre la naturaleza jurídica del título ejecutivo, entre quienes consideran que el título constituye una prueba legal del acto jurídico que documenta, destacando el carácter de título documento, y para quienes el título es en sí el acto jurídico que genera la actuación ejecutiva, el acto documentado. Para MONTERO AROCA “desde el punto de vista de la ejecución, el documento no interesa tanto como representación de la obligación, sino por sí

La pretensión ejecutiva debe ser conforme con el título, con su naturaleza y su contenido. Lo que solicita el ejecutante es lo que le permite el título en que se basa su ejecución: del mismo resulta la legitimación de las partes, de acuerdo con el artículo 538 y concordantes de la LEC, y la tutela ejecutiva que se pretende, de conformidad con el artículo 549.2º de la LEC. Dado que en los títulos no judiciales la obligación documentada que permite el despacho de ejecución es exclusivamente dineraria, la pretensión ejecutiva en los procedimientos a que ellos dan lugar ha de ser exclusivamente económica. Es decir, el acreedor ejecutante solicita el despacho por una cierta cantidad que le es debida de acuerdo con el contenido del título, frente a quien en el mismo aparece como deudor (u obligado al pago), sin perjuicio del presupuesto previsto para los intereses y las costas, del artículo 575 de la LEC.

¿Qué ocurre en la ejecución hipotecaria? Decíamos que la doctrina caracterizaba la misma como el cauce de ejercicio de la acción real hipotecaria, esto es, el ejercicio del *ius vendendi*, del poder directo sobre la finca hipotecada. ¿Podemos entonces pensar que en la ejecución hipotecaria no se ejercita una pretensión ejecutiva económica, esto es, el pago de una cantidad derivada de la obligación garantizada, sino exclusivamente una pretensión de venta de la finca y obtención de su valor?

mismo. La representación determina el contenido de lo que el ejecutante puede pedir (la petición de la pretensión) y de lo que el Juez puede dar, pero el documento importa especialmente como supuesto de hecho de la aplicación del Derecho procesal; es decir, el documento no es un medio de prueba de la obligación, sino el presupuesto legal de la actividad jurisdiccional”, *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, *op. cit.*, p. 107. Y más adelante considera que el título ejecutivo “se trata de un documento que, por disposición expresa de la ley, se convierte precisamente en un título de ejecución, constituyendo por sí sola condición necesaria y suficiente para despacharla; por tanto, con independencia de que la obligación documentada sea exigible, requiriéndose sólo su regularidad formal, es decir, que reúna los requisitos por cada documento concreto”, *op. cit.* p. 669. Se ha llegado a definir al título por su carácter abstracto. Téngase en cuenta, sin embargo, el cambio de perspectiva que supone el análisis de oficio de la existencia de cláusulas abusivas en materia de derecho de consumidores que impone la actual redacción del artículo 552 de la LEC, que supone una auténtica revisión del contenido del título con carácter previo al despacho de la ejecución y sin necesidad de petición de parte. No puede por tanto desligarse legalmente el concepto del título del concepto de validez y exigibilidad de la obligación, aun cuando sólo en este ámbito reservado de la protección de los consumidores. Ello tendrá a nuestro juicio trascendencia a la hora de determinar cuál es el título que provoca la ejecución hipotecaria.

Afirma MONTERO AROCA que en todo procedimiento de ejecución hipotecaria existe un objeto inmediato, la pretensión de venta del bien, pero sobre todo otro mediato, el pago de la cantidad debida. En similar sentido se pronuncia MIRA ROS para quien “podría decirse que el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria se ha *deshipotecarizado*. No se trata ya de un proceso de base registral, sino de la reclamación de un crédito sobre la base de un título extrajudicial que lleva aparejada ejecución y permite así acudir a un juicio ejecutivo, cuya principal particularidad consiste en que no es preciso, en principio, salvo que el bien dado en garantía resultase insuficiente (art. 579 LEC), decretar ningún embargo, pues la traba del bien está ya preconstituida en forma de hipoteca, lo que obliga a ampliar la demanda, en su caso, al propietario no deudor y a admitir la oposición del demandado por extinción tanto de la deuda como de la garantía, aunque siempre con los límites y dentro de la sumariedad contradictoria que permite ese juicio ejecutivo”¹⁷⁰.

Podemos convenir que el procedimiento de ejecución hipotecaria tiene dos claros objetos, por tanto: uno que deriva de la naturaleza de procedimiento de ejecución dineraria basado en título extrajudicial, a nuestro juicio, el objeto principal del procedimiento, y otro el ejercicio en el seno del procedimiento de ejecución del llamado *ius vendendi*¹⁷¹. Es objeto principal la pretensión

¹⁷⁰ MIRA ROS, C. *op. cit.* En efecto, como se indica por MIRA ROS, el artículo 685 de la LEC impone un litisconsorcio pasivo necesario en el procedimiento de ejecución hipotecaria, obligando en todo caso a dirigir la misma frente al deudor, y de concurrir, frente al hipotecante no deudor y tercer poseedor. No por ello el título deja de ser la obligación garantizada revestida de las formalidades legales: la propia ley en su artículo 538 de la LEC permite el despacho de ejecución frente a quien sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectados al pago de la deuda en cuya virtud se procede, cuando tal afección resulte de la ley o se acredite mediante documento fehaciente. Pero en este caso la ejecución se concretará respecto de estas personas a los bienes especialmente afectos. La norma contempla el doble objeto del procedimiento de ejecución hipotecaria: la pretensión dineraria y el ejercicio del *ius vendendi* del acreedor hipotecario, garantizando en todo caso la intervención como parte en el procedimiento de quien es titular del bien hipotecado cuando no coincide con la persona del deudor.

¹⁷¹ La doctrina suele coincidir de forma mayoritaria en que el acreedor hipotecario tiene distintas vías para hacer valer la acción real hipotecaria: la vía del procedimiento declarativo ordinario; la del procedimiento extrajudicial del venta notarial cuando existe pacto expreso en la hipoteca; la vía de la ejecución ordinaria, tomando como título la escritura notarial de constitución de la hipoteca y sin limitación de la ejecución sólo al bien garantizado; y la vía del procedimiento de ejecución hipotecaria. La ejecución de la hipoteca en el seno del procedimiento de ejecución ordinaria plantea no pocos problemas. El primero parece resultar del artículo 682 de la LEC, al reservar el procedimiento cuando la ejecución se dirija *exclusivamente* contra los bienes hipotecados. En segundo lugar, la ejecución ordinaria no exige la presentación del título hipotecario, y las consecuencias de la falta de los presupuestos de la ejecución del artículo 682 de la LEC. Las causas de oposición que pueden formularse

dineraria del acreedor no sólo porque la ejecución de la hipoteca va dirigida a la satisfacción del crédito (recordemos que la hipoteca no atribuye al acreedor derecho a apropiarse de la cosa, sino de su valor de cambio hasta el límite de la obligación asegurada), sino porque en este procedimiento los límites de responsabilidad hipotecaria de la finca afectarán únicamente a tercero, de modo que si el importe de la venta o subasta de la finca es superior a la obligación de garantizada, y no existen otros acreedores con derecho posterior, entendemos que ha de procederse al pago íntegro del acreedor en el procedimiento, sobre el límite de la obligación asegurada; y el mismo efecto se aprecia en la continuación de la ejecución cuando la finca hipotecada, tras su subasta, no cubre el crédito del acreedor, de conformidad con el artículo 579 de la LEC, transformándose la ejecución, a instancias del acreedor, en ejecución ordinaria frente al deudor (y contra quienes proceda) por la cantidad que reste, que además incluirá los intereses y las costas derivados del procedimiento de ejecución hipotecaria.

La fuerza de la ejecución hipotecaria hace que no obstante lo indicado, la ejecución de la garantía se convierta también en objeto del propio procedimiento, y no en una mera medida ejecutiva en los términos de los artículos 549 y siguientes de la LEC. La caracterización de la hipoteca como

son diferentes, como hemos visto, y no se articula legalmente el mecanismo para la coordinación entre ellas. No parece que el hecho de elegir el acreedor la ejecución de la hipoteca por la vía del procedimiento de ejecución ordinaria pudiera impedir al ejecutado discutir por ejemplo la existencia de cláusulas abusivas del contrato de hipoteca o la extinción de la garantía.

Plantea JIMÉNEZ-ASENJO SOTOMAYOR que “el problema radica en si las normas procesales están delimitando un derecho material, como es el de perseguir todos los bienes presentes y futuros. Efectivamente, la imposibilidad de perseguir tanto la finca hipotecada como el resto de los bienes, de forma simultánea, supone una suerte de derecho de excusión a favor del deudor y dentro de su patrimonio, de manera que primero se debe agotar la ejecución contra la finca hipotecada y luego proceder contra el resto de los bienes”, JIMÉNEZ-ASENJO SOTOMAYOR, L. 2010), “La acumulación en la ejecución sobre bienes hipotecados”, *Indret*, nº 2, p. 18. Sobre si es susceptible de ser embargada en el procedimiento de ejecución ordinaria la misma finca hipotecada por la obligación garantizada, PASCUAL BROTONS: “Resulta realmente confuso para el tercero de buena fe que acude al Registro el hecho de que relación a una misma deuda exista una inscripción de hipoteca y posteriormente una anotación de embargo en ejecución por la vía ordinaria o común de la garantía hipotecaria. Desde luego a primera vista parecerían cargas diferentes, y sólo de una lectura detenida de ambas se observaría que se trata de la misma deuda, por lo que parece una carga posterior que en realidad no lo es. Otro problema que surgiría de compartir la necesidad de embargo y de su anotación preventiva radica en la cancelación de cargas. Así, tras la subasta en el procedimiento de ejecución ordinaria, el mandamiento de cancelación ordenaría cancelar la carga que se ha ejecutado (la anotación preventiva de embargo) y todas las anotaciones posteriores, por lo que como carga anterior a la hipoteca subsistiría, por lo que como carga anterior la hipoteca subsistiría, lo que no se ajustaría a la realidad al haber sido pagado el crédito, satisfecho la deuda que originó la constitución de la garantía”, PASCUAL BROTONS, CRISTINA (2015), *El fijador personal en la ejecución hipotecaria*, Edit. Reus, Madrid, pp. 76-77.

derecho real, cuya ejecución se realiza en el procedimiento que analizamos, el carácter registral de la hipoteca y el ejercicio *erga omnes* de este derecho en el procedimiento, conllevan que la ejecución de la garantía revista tintes propios que conforman el procedimiento de ejecución hipotecaria¹⁷².

Se advertirá la importancia de la distinción expuesta si analizamos el procedimiento desde la perspectiva del título-documento que debe presentarse para el despacho de la ejecución hipotecaria, y desde los motivos de oposición o reacción del deudor hipotecario frente al despacho de ejecución.

En relación a la primera cuestión, la doctrina, e incluso la práctica judicial, se divide a la hora de decidir si el título ejecutivo es la escritura de otorgamiento del crédito garantizado o lo es en su caso la escritura de otorgamiento de la garantía hipotecaria. Como señala MONTERO AROCA la distinción suele tener poca trascendencia práctica toda vez que lo usual es otorgar un único documento público de otorgamiento del crédito y de garantía hipotecaria a favor del mismo. La unidad de acto de otorgamiento de ambos contratos y del documento formal en que se recogen permite que pase desapercibida en la mayor parte de los casos la cuestión expuesta. En los supuestos en que la garantía hipotecaria se constituye con posterioridad al crédito lo habitual es que la escritura pública aproveche para introducir elementos novatorios del crédito, con lo que vuelve a participar dicho documento de la doble naturaleza de documentación de los contratos. No

¹⁷² ADÁN DOMENECH analiza este mismo objeto de la pretensión de la ejecución hipotecaria, pero volviendo nuevamente al prisma de la doble acción ejercitada en el procedimiento, la acción personal del crédito garantizado, y la acción real hipotecaria: “constituye una realidad jurídica el hecho de que la hipoteca no adquiere una vida autónoma, sino que la misma se encuentra sometida a una relación de causalidad respecto de un negocio jurídico subyacente, esta circunstancia presupone la existencia de dos relaciones jurídicas con sustantividad propia pero estrechamente ligadas entre ellas, el negocio subyacente y la institución de la hipoteca, derivándose de ambas, en favor del acreedor hipotecario, una doble acción contra el deudor, la primera de ellas, una acción personal consecuencia del incumplimiento contractual por parte del obligado, y la segunda, la acción hipotecaria fruto de la función garantista de la hipoteca”, ADÁN DOMENECH, F. (2009), *La ejecución hipotecaria*, Edit. Bosch, Barcelona, p. 50. En cambio en una tesis más cercana a la que aquí sostenemos JIMÉNEZ-ASENJO SOTOMAYOR, aun cuando considerando que el título ejecutivo es el que documenta la garantía: “no es del todo cierto el que exista una acumulación de acciones, una real contra la finca hipotecada y una persona contra el deudor, sino que la acción es una única y de ejecución, independientemente de que para realizar unos bienes se deba seguir un procedimiento y contra el resto se deba seguir otro, dentro del mismo proceso” (...) “la adopción de esas garantías no supone que el acreedor tenga una nueva pretensión o más pretensiones de las que tendría en caso de no haberlas adoptado, sino que la pretensión del acreedor es la misma, tanto si existe la garantía como si no”, JIMÉNEZ-ASENJO SOTOMAYOR, L., *op. cit.* pp. 16-17.

obstante, lo cual es posible la distinción de momentos y documentos, e incluso en el caso de la escritura novatoria ulterior donde se constituyera además la garantía hipotecaria, el título primitivo del crédito se habría documentado en escritura diferente (los llamados títulos compuestos).

El artículo 685.2 de la LEC dice que *a la demanda se acompañará el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución, así como los demás documentos a que se refieren el artículo 550 y, en sus respectivos casos, los artículos 573 y 574 de la presente ley*. Conforme a dicho precepto parece que el título que permite el despacho de ejecución es el título de crédito, no el título de constitución de garantía real, si fueran distintos, con los requisitos legales exigidos para otorgarles la fuerza ejecutiva, de acuerdo con el contenido del artículo 517 de la LEC.

A continuación, sin embargo, la propia norma dispone que *si no pudiera presentarse el título inscrito, deberá acompañarse con el que se presente, certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca*.

Y el número 4 del artículo 685 establece un privilegio a favor de las entidades que legalmente pueden llegar a emitir cédulas hipotecarias, o que, al iniciarse el procedimiento, garanticen créditos y préstamos afectos a una emisión de bonos hipotecarios¹⁷³. En este caso, bastará *la presentación de una certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca*, que se completará con cualquier copia autorizada de la escritura de hipoteca, que podrá ser parcial comprendiendo tan sólo la finca o fincas objeto de la ejecución.

¹⁷³ Conforme al artículo 2 de la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, dichas entidades son:

- a) los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito,
- b) las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros,
- c) las cooperativas de crédito,
- d) los establecimientos financieros de crédito.

A nuestro juicio, el doble objeto del procedimiento que hemos expuesto nos permite interpretar que deberá aportarse, *en todo caso*, el título-documento del derecho de crédito que sustenta la reclamación, que deberá revestir los requisitos expuestos en los artículos 517 y 573 y 574 de la LEC, en su caso. La falta de aportación del título documentado con los requisitos expuestos debe, de conformidad con el contenido del artículo 552 de la LEC, obligar a la denegación del despacho de la ejecución.

Dado que el procedimiento de ejecución hipotecaria se utiliza para la ejecución de la garantía hipotecaria, esta ha de ser acreditada. Para ello ha de justificarse la constitución de la hipoteca y su inscripción registral, así como la concurrencia de los presupuestos procesales para la ejecución de la garantía establecidos en el artículo 682 de la LEC, esto es, la fijación por el deudor de un domicilio para notificaciones y requerimientos y el precio en que los interesados tasan la finca a efectos de subasta, con el límite del 75% del valor de tasación de la finca realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981 de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario. Sólo para la hipoteca, cuando el acreedor hipotecario no pudiere aportar el título *inscrito* (la escritura de constitución de la hipoteca inscrita en el Registro de la Propiedad) se permite la justificación de la inscripción de la hipoteca mediante certificación registral que además acredite su subsistencia. Y en el caso de las entidades bancarias, de acuerdo con el transcrito número 4 del artículo 685, se permite que se aporte cualquier copia de la escritura de hipoteca, aunque no reúna las condiciones del artículo 517 de la LEC, junto con la mencionada certificación registral.

La falta de aportación del título de constitución de la hipoteca obligará nuevamente a la denegación del despacho de la ejecución, porque no se aporta el título hipotecario que, de acuerdo con el artículo 682 de la LEC, permite el despacho de la ejecución hipotecaria¹⁷⁴.

¹⁷⁴ MIRA ROS sostiene que “puesto que no se ejecutan los bienes dados en garantía, sino la obligación garantizada (art. 685 LEC), el fundamento de la demanda o *causa petendi* de la pretensión ejecutiva será el título constitutivo de la deuda y no la inscripción registral de la hipoteca. La ejecución se despacha a la vista del título, siempre que se trate de alguno de los revestidos por la ley de fuerza ejecutiva (art. 685 LEC), como la escritura pública y los demás mencionados en el artículo 517 LEC,

Decíamos, además, que la caracterización del doble objeto de la pretensión hipotecaria tenía influencia en las causas de oposición a la ejecución que establece el artículo 695 de la LEC.

Hasta la introducción de la causa 4ª del número 1 del artículo 695 por la Ley 1/13 de 14 de mayo, los motivos de oposición a la ejecución hipotecaria inmobiliaria eran dos:

- la extinción de la garantía o de la obligación garantizada.
- el error en la determinación de la cantidad exigible cuando la deuda garantizada fuere el saldo que arrojará el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado.

La extinción de la hipoteca, sin embargo, sólo puede oponerse cuando resulte del Registro, mediante certificación registral, o cuando resulte de escritura de cancelación de la hipoteca. El primero de los casos es un adelanto de lo que previene el artículo 688 de la LEC: si del Registro de la Propiedad resulta la cancelación de la hipoteca ha de procederse a la finalización del procedimiento de ejecución hipotecaria. La existencia de una escritura de cancelación de la hipoteca sólo supone la posibilidad de oposición inter partes de la extinción de la garantía real pese a no haberse inscrito dicha inscripción en el Registro de la Propiedad.

La extinción de la obligación garantizada sólo puede oponerse cuando conste en escritura pública de carta de pago. Es decir, el deudor no podrá discutir inter partes en el procedimiento de ejecución hipotecaria el pago que conste en documento privado, que pueda ser justificado documentalmente

entre los que no se incluye la inscripción, ya que la deuda no es inscribible ni la calificación registral se extiende a ella (art. 98 y 18 de la LH" MIRA ROS, *op. cit.* No obstante nosotros no compartimos que no sea requisito para el despacho de la ejecución hipotecaria acreditar la inscripción de la hipoteca, porque como hemos dicho, el objeto de la ejecución hipotecaria es doble, y debe acreditarse no sólo la obligación garantizada, sino la constitución de la garantía hipotecaria, que exige en todo caso la inscripción de la misma.

Otra interpretación dificulta el entendimiento del artículo 688.3 de la LEC, que obliga a la finalización de la ejecución si de la certificación que emita el Registrador de la Propiedad resulta que la hipoteca en que el ejecutante funda su reclamación no existe o ha sido cancelada. E igualmente el artículo 695 de la LEC, que permite al deudor oponer no sólo la cancelación por pago de la obligación garantizada sino también la cancelación de la garantía, confirmando el doble objeto del procedimiento de ejecución hipotecaria.

(mediante apuntes bancarios, recibo, etc.), el pago parcial, la compensación, etc. Esta limitación de la oposición de la excepción de pago referida a la obligación asegurada, sólo viene justificada por la existencia de la garantía hipotecaria. Observemos que el artículo 557 de la LEC para los títulos extrajudiciales, permite la oposición del pago, *que pueda acreditar documentalmente*, de la compensación de crédito líquido que resulte de documento con fuerza ejecutiva, de la pluspetición, de la prescripción y caducidad, de la quita, espera o pacto o promesa de no pedir documentado, y de la transacción que conste en documento público (además de la existencia de cláusulas abusivas y de las causas de oposición procesales, también extensibles a la ejecución hipotecaria).

Incluso en el artículo 556 de la LEC, en la oposición a la ejecución fundadas en título judicial, sentencia, o en resoluciones judiciales, procesales, arbitrales o de acuerdos de mediación, el ejecutado podrá oponer el pago o cumplimiento de lo ordenado, *acreditado documentalmente*, la caducidad de la acción ejecutiva y los pactos o transacciones para evitar la ejecución que consten en documento público. Cuando el título es una sentencia, que viene precedida del procedimiento declarativo contradictorio, se permite la discusión del pago sin necesidad de que conste en documento público. Para MONTERO AROCA el “título ejecutivo que es la escritura pública de hipoteca tiene más fuerza ejecutiva que la sentencia firme de condena, y ello es, posiblemente, de dudosa constitucionalidad o, por lo menos, es contrario a la coherencia de un sistema jurídico en el que pareciera que nada debería tener más fuerza ejecutiva que la dicha sentencia firme”¹⁷⁵.

La segunda de las causas de oposición contempladas en el artículo 695 de la LEC, aparte de su limitado ámbito, no permite oponer la pluspetición como tal, sino meramente el error en la determinación de la cantidad exigible, haciendo referencia a la liquidación de la obligación garantizada.

Por otra parte, la introducción en el procedimiento de ejecución general y en el procedimiento de ejecución hipotecaria, del examen, tanto de oficio

¹⁷⁵ MONTERO AROCA, *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, op. cit. p. 275.

como a instancia de parte en la oposición a la ejecución, de la existencia de cláusulas abusivas, va a permitir que se examine por el juzgador el clausulado de la hipoteca, pero también de la obligación garantizada. Elementos tales como los intereses moratorios, las cláusulas suelo, las cláusulas de vencimiento anticipado, tan recurrentes en la actualidad en los procedimientos de ejecución hipotecaria, se introducen en el crédito garantizado.

De lo dicho hasta ahora resulta que en las dos primeras y primitivas causas de oposición de la ejecución hipotecaria inmobiliaria de los números 1 y 2 del artículo 695 de la LEC, el crédito y la hipoteca funcionan de forma desvinculada, no permitiéndose discutir en realidad el primero en la ejecución, que se limita a los aspectos referidos a la pervivencia de la garantía o a la liquidez formal de la deuda. Sin embargo, y por obra de la jurisprudencia europea en materia de derecho de consumo¹⁷⁶, cuando el ejecutado tiene la condición de consumidor se permite en el procedimiento el examen del título ejecutivo, tanto el crédito como la hipoteca, y la discusión de la validez del clausulado siempre que *fundamente la ejecución o determine la cantidad exigible*. De forma que podrá el ejecutado pretender y conseguir la expulsión en el procedimiento de una cláusula que pueda afectar a la ejecución por su carácter abusivo, pero le está vedado la alegación del pago en tanto no se haya dado carta de pago documentada en escritura pública. Incluso si de la aplicación durante la vida del préstamo hipotecario de una cláusula declarada nula en el procedimiento de ejecución hipotecaria, las cuotas de amortización han sido durante la vida del préstamo superiores a las correspondientes sin la aplicación de dicha cláusula (piénsese en la cláusula suelo), no podrá oponer el ejecutado compensación o pluspetición en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

A nuestro juicio, la situación expuesta surge de la confusión en la naturaleza del procedimiento de ejecución hipotecaria, que pese a los intentos

¹⁷⁶ Como es conocido, tanto la posibilidad de examen de oficio de la existencia de cláusulas abusivas en la ejecución, como su alegación por el demandado en los artículos 557 y 698 de la LEC, se introduce por la Ley 1/13 de 14 de mayo como reacción a la STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11).

de la LEC queda reflejada en el artículo 695.1, ordinales 1 y 2, y del intento de hacer pervivir a toda costa los restos de esta regulación, que se evidencia absolutamente insatisfactoria, con la abrumadora jurisprudencia europea en materia de consumo, sin revisar la concepción tradicional en aras a otra procesalista y respetuosa con la realidad de las pretensiones ejercitadas en el procedimiento.

3.4. Principios del procedimiento de ejecución hipotecaria

3.4.1. El principio de celeridad

Hemos visto que el procedimiento de ejecución hipotecaria se concibe como mecanismo de promoción y fomento del crédito inmobiliario, posibilitando una rápida ejecución de la garantía hipotecaria. Como explica MONTERO AROCA, la facilitación del procedimiento y el abaratamiento del coste de la ejecución ya en la Ley de Hipoteca de Ultramar de 14 de julio de 1893, que pasará a la Ley Hipotecaria de 21 de abril de 1909, se conseguía a través de tres mecanismos: no era necesario el embargo de la cosa hipotecada; no se requería el previo proceso ejecutivo que legitimara la fuerza ejecutiva del título (sentencia de remate) porque se sustituía por la presunción de legitimidad de la inscripción registral; la contradicción se reservaba para un procedimiento ulterior a la ejecución. Caracteres todos ellos que se observan hoy en la regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria, con carácter formal y sin perjuicio de lo que se dirá en cuanto al principio de contradicción. El TC en su sentencia nº 64/85 de 17 de mayo de 1985, referido al procedimiento del artículo 131 de la LH anterior, dice que este procedimiento “se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del titular y la paralela disminución de la posibilidad de contenerla mediante excepciones. En realidad, se trata de una vía de apremio no precedida de una fase de cognición. Falta la controversia entre las partes y se procura reducir al máximo la

intervención tanto del deudor como de terceros, al objeto de impedir la suspensión del procedimiento, salvo en los cuatro supuestos taxativamente fijados en el *art. 132 LH*. Todas las demás reclamaciones que puedan formular así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda”¹⁷⁷.

Sin perjuicio de analizar los aspectos referidos a la base registral del procedimiento y al principio de contradicción, que son por sí mismos, principios en que se asienta el procedimiento analizado, el artículo 682 de la LEC es expresión de este intento de proceder de una forma inmediata a la realización del bien, sin detenerse en trámites superfluos o dilatorios, al obligar para la admisibilidad del procedimiento, que en la hipoteca las partes hayan fijado un precio para la subasta de la finca y el deudor un domicilio para notificaciones y requerimientos.

- La exigencia de un valor de tasación contractualmente fijado para la subasta de la finca evita que tenga que procederse a la tasación del bien en el procedimiento, abaratando sus costes y reduciendo sus plazos. Los problemas derivados de la fijación *ex ante* de un valor o precio de subasta de la finca, teniendo en cuenta la habitual duración sobre todo de los préstamos con garantía hipotecaria, son notorios: la finca sometida a las fluctuaciones del mercado inmobiliario, puede en el momento de la subasta no responder a un valor real o de mercado, produciéndose, si es notoriamente inferior a éste, un empobrecimiento del deudor, que además verá amenazado el resto de su patrimonio, pese a las expectativas que pudo tener sobre la suficiencia de la garantía; y del acreedor, dado que la fuerza de su crédito y de su preferencia frente a terceros poseedores o acreedores se reducirá en la proporción en la que deba seguir a través de una ejecución ordinaria, persiguiendo bienes del deudor que ya no tiene sujetos¹⁷⁸.

¹⁷⁷ ROJ: STC 64/1985.

¹⁷⁸ DÍAZ FRAILE resume los criterios contenidos en la Resolución de la DGRN de 29 de octubre de 2013 sobre las ventajas e inconvenientes del sistema de fijación contractual en la hipoteca de un valor de tasación de la finca: “se trata de preordenar una determinación que en caso de ejecución será necesaria en todo caso, con el objeto de agilizar y dar rapidez al trámite ejecutivo. Ahora bien, se ha señalado antes de la reciente reforma de 2013 que esta simplificación procesal no está exenta de ciertos inconvenientes, destacando la falta de rigor y objetividad en la determinación del precio de subasta, en

La Ley 1/13 de 14 de mayo, posteriormente modificada por la Ley 19/2015 de 13 de julio, añadió que el citado valor contractual no podrá ser inferior al 75% del señalado en la tasación que, *en su caso*, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981 de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario¹⁷⁹.

atención al carácter más o menos improbable de la ejecución, puede producir desfases en relación al valor real de la finca hipotecada, que pueden perjudicar al deudor, como por ejemplo en los supuestos en que el precio en que se tasa la finca para subasta se hace coincidir con el importe del capital del préstamo o con la suma de las responsabilidades garantizadas y estos importes se sitúan claramente por debajo del valor real de la finca. Es cierto que lo que se les pide a los interesados no es la averiguación intuitiva del valor real de la finca hipotecada, ya que precisamente se trata de eludir una valoración pericial de la misma, sino de establecer un precio para la salida de la subasta. Posteriormente será la dinámica propia de la subasta la que conduzca a la fijación del valor real a través del mecanismo de la oferta en concurrencia. Por ello, si el tipo resultó demasiado bajo la subasta generará las elevaciones correspondientes, y si resultó demasiado alto también serán las pujas presentadas en la subasta las que lo corregirán”, DÍAZ FRAILE, J.M. (2015), “La deuda hipotecaria ante su ejecución: la tasación del bien hipotecado”, en *Vivienda, préstamo y ejecución*, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M./ MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (dir), Aranzadi, Navarra, pp. 356-357.

¹⁷⁹ La introducción de la norma ha conducido a un fuerte debate tanto doctrina como en la praxis judicial en relación a su aplicación a aquellas hipotecas constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/13, en tanto que para las hipotecas constituidas con posterioridad a la norma, la doctrina de la DGRN ha declarado que debe ser objeto de calificación legal dicha adecuación, de forma que si el valor de tasación no se ajusta a los límites legales (sólo para el caso de la escritura de constitución, no para la novación o ampliación de la hipoteca), la hipoteca se inscribirá sin el pacto de tasación, y no podrá ejecutarse por la forma del procedimiento de ejecución hipotecaria. Respecto de las hipotecas anteriores a la ley, puede entenderse que la norma no es de aplicación toda vez que ello supondría exigir retroactivamente un requisito no existente al momento del otorgamiento de la hipoteca, privándole de eficacia ejecutiva por el procedimiento de ejecución hipotecaria; o entenderse que es en todo caso de aplicación a la *ejecución* hipotecaria instada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley. En este caso, considerándose que es un requisito de orden procesal o requisito de procedibilidad, la aplicación de la norma no conlleva retroactividad alguna, cualquiera que sea la fecha de otorgamiento de la garantía hipotecaria. En todo caso, no es cierto que ello venga a privar de eficacia ejecutiva a la hipoteca. Lo único que veda es la ejecución a través del procedimiento de ejecución hipotecaria. Una postura intermedia sostendría que el requisito no hace referencia al despacho de ejecución, no es un requisito de procedibilidad, sino que impediría en todo caso que el bien saliera a subasta por tipo inferior al 75% del valor de tasación realizada. En ese sentido puede verse la resolución Sección 1 de la AP de Córdoba en auto de fecha 25 de febrero de 2014 (ROJ: AAP CO 52/2014): “De lo anterior se colige, a fortiori, que debe aplicarse esta regulación a los procedimientos que ni siquiera se hubiesen iniciado al promulgarse la ley. Resuelto lo cual el siguiente paso consiste en preguntarse si deben inadmitirse todas las ejecuciones hipotecarias en que en la escritura de hipoteca el tipo fijado no llegue a los límites establecidos en el art. 682.2.1 de la LEC, compeliendo a los acreedores a interponer un juicio declarativo, dado que conforme al párrafo 3 del art. 552 LEC “Una vez firme el auto que deniegue el despacho de la ejecución, el acreedor sólo podrá hacer valer sus derechos en el procedimiento ordinario correspondiente”, si bien es cierto que en el caso que nos ocupa el acreedor también podría acudir a un proceso de ejecución ordinario ex art. 517.2.4. Aparte de las resoluciones de esta misma Audiencia Provincial ya indicadas, el auto de la Sección 1 de la AP de Cáceres de 10 de octubre de 2013 se pronuncia en contra de la inadmisión, si bien no declara válido el tipo fijado en la escritura de hipoteca a efectos de subasta por el mero hecho de haberse ajustado a la legalidad vigente en el momento de otorgarse, sino que, lejos de ello, y siendo consciente del contenido de la Disposición Transitoria 1 de la Ley 1/2013, deja expedita la posibilidad de que la parte ejecutada alegue dicha cuestión en el momento de la fijación del precio de subasta e incluso en una eventual oposición de considerar la existencia de abusividad. TERCERO.- Conforme a todo lo expuesto, venimos concluyendo que lo más práctico y ajustado a la ley es subsanar el defecto procesal sobrevenido en esta fase de admisión, sin esperar a completar el título más tarde, cuando de antemano ya se vislumbra de concurrencia imperiosa para el señalamiento de la subasta, cuyo tipo no podrá ser inferior a ese 75% ya indicado”. Obsérvese, sin embargo, que no existe trámite alguno en el procedimiento para modificar el tipo de subasta pactado por las partes, y que como recuerda DÍAZ FRAILE en la obra comentada “el Tribunal Supremo en su

Es evidente que la Ley 1/13 de 14 de mayo, al introducir un límite a la autonomía de la voluntad en la fijación por las partes del valor de tasación para la finca, está reaccionando frente a prácticas impositivas por las entidades financieras que desligaron el valor de tasación de la realidad del valor del bien: en unos casos, como resalta la propia DGRN haciéndolo coincidir con el importe del préstamo concedido y generando la creencia de la suficiencia de la garantía para soportar la totalidad de la deuda¹⁸⁰; en otros otorgándose un valor superior al que el mercado permitiría, aumentando la concesión del crédito con el soporte personal de deudores o fiadores.

Pero además la ley también interviene en las consecuencias de la fijación contractual del valor de tasación en los casos en que el remate no es suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, cuando tras adjudicarse la finca o aprobarse el remate a favor del acreedor, persona a quien le haya cedido el remate o sociedad e su grupo, la finca fuera objeto de enajenación en los diez años siguientes, reduciendo en un 50% de la plusvalía obtenida por la venta la deuda subsistente. Para PASQUAU LIAÑO el propio legislador matiza la situación de abuso derivada de la conjugación de los preceptos a través de la quita concedida al deudor y a través de la compensación de la deuda restante con la plusvalía que obtenga el acreedor con la venta del inmueble adjudicado en el plazo de 10 años, medida que considera interesante aun cuando hubiera preferido entender que “salvo prueba en contrario, es decir, salvo que el acreedor pruebe pericialmente una desvalorización del inmueble durante el transcurso de la vida de la hipoteca,

Sentencia de 24 de marzo de 1993 señala que “el precio de salida es inmodificable... y sirve de base para la aprobación del remate...” *op. cit.* p. 357.

¹⁸⁰ “la cláusula de fijación del valor de subasta en la escritura reúne todos los requisitos (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), para ser considerada dentro del ámbito de las condiciones generales de la contratación, conforme a la Ley 7/1998 de 13 de abril y a la Directiva 93/13. De igual manera, no puede considerarse tal cláusula como “objeto principal” del negocio, lo que suponiendo su previa negociación, dificultaría su consideración como cláusula general (de acuerdo con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13; véase la matización en este sentido que hace la reciente STS de 9 de mayo de 2013). Cumpliéndose, pues, todos los expresados presupuestos, podrá ser objeto de examen a efectos de determinar su carácter abusivo o no” ESTEBAN- HANZA NAVARRO, E. *op. cit.*, p. 681.

el producto de la subasta ha sido el valor de tasación que habría sido convenido en la escritura de constitución de hipoteca¹⁸¹.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de enero de 2015¹⁸², a la vista de la actual regulación legal, ha procedido a reelaborar su tesis sobre la imposibilidad de que se alegare enriquecimiento injusto del acreedor que al amparo del procedimiento de ejecución hipotecaria se adjudica la finca por un valor notoriamente inferior al valor de mercado, pero dentro de los parámetros legales en relación al valor contractual de tasación fijado. En la resolución citada, el Tribunal sostiene que “cuando, tras la adjudicación, y en un lapso de tiempo relativamente próximo, el acreedor hubiera obtenido una plusvalía muy relevante, pues este hecho mostraría que el crédito debía haberse tenido por satisfecho en una proporción mayor, y al no serlo, el acreedor obtiene un enriquecimiento injusto con la plusvalía, o por lo menos con una parte de la misma¹⁸³. En este hipotético caso, que no es el que nos

¹⁸¹ PASQUAU LIAÑO, M. (2014), “Lo abusivo y lo razonable. Facultades del juez para la normalización de los contratos de préstamo hipotecario”, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un dama social y un problema legal*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 225.

¹⁸² ROJ: STS 261/2015.

¹⁸³ Así la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2006 (ROJ: STS 681/2006): “la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa no puede invocarse para revisar cualquier desplazamiento o atribución de bienes desde la perspectiva de la equivalencia de prestaciones, cosa que sería incompatible con el principio de seguridad jurídica y de libertad de pactos en que se apoya el tráfico patrimonial. Entre los requisitos que deben integrar dicho enriquecimiento para dotarlo de relevancia en el mundo de las obligaciones -incremento patrimonial o elusión de una pérdida, correlativo empobrecimiento de la otra parte y ausencia de causa negocial o legal que justifique la desarmonía producida-, es preciso negar la concurrencia del último y principal de ellos, entre otros casos, cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de una expresa disposición legal que lo autoriza (STS de 31 de julio de 2002, entre otras muchas), pues constituye justa causa del enriquecimiento producido la legitimación prestada por una regulación legal que lo admite o lo tolera en aras del interés social (STS de 18 de febrero de 2003).

En definitiva, como ha dicho la reciente STS de 21 de octubre de 2005, «el enriquecimiento sin causa no puede ser aplicado a supuestos previstos y regulados por las leyes, pues entre otras razones, no está a disposición del juzgador corregir, en razón de su personal estimación sobre lo que sea justo en cada caso, las resultas de la aplicación de las normas. Y esta Sala ha dicho que el enriquecimiento sin causa solo puede entrar en juego en defecto de previsión normativa, que aquí se produce y se ha explicado. (Sentencias de 18 de enero de 2000, de 5 de mayo de 1997, de 4 de noviembre de 1994, de 19 de febrero de 1999, entre otras muchas)”. En el caso de adjudicaciones realizadas en pública subasta en el curso de procedimientos de realización de garantías hipotecarias tramitados al amparo del hoy derogado art. 131 de la Ley Hipotecaria, la jurisprudencia ha considerado que -una vez declarado dicho procedimiento acorde con los derechos constitucionales en sentencias del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981 y 17 de mayo de 1985 - no puede existir enriquecimiento injusto por el hecho de que la adjudicación se haya producido a favor del acreedor por un precio inferior al de tasación, supuesto que el proceso se haya seguido por los trámites legalmente previstos y se haya aprobado judicialmente el remate. Para ello debe tenerse en cuenta, entre otros extremos, que -aunque no era todavía aplicable a esta adjudicación lo dispuesto en la LEC 2000, que permite al deudor evitar la adjudicación del inmueble en las subastas sin ningún postor si el acreedor que la solicita no ofreciere, al menos, el 50% del valor de tasación del mismo (artículo 671, por remisión del artículo 691.4º, cuando se trata de bienes hipotecados)-, el apartado 12º del art. 131 LH ofrecía al deudor la facultad de mejorar la postura o

corresponde juzgar, la aplicación del enriquecimiento injusto se fundaría en su configuración como principio general de Derecho y en su proyección técnica respecto del necesario control causal de las atribuciones y desplazamientos patrimoniales en el curso de las relaciones jurídicas. Estas matizaciones están en la línea de la reciente jurisprudencia [contenida, entre otras, en la Sentencia 8 de septiembre de 2014 (núm. 464/2014)], que pretende reforzar la justicia contractual que deriva de los principios de buena fe y de conmutabilidad del comercio jurídico, para superar una concepción meramente formalista y rigorista de los esquemas de aplicación del derecho de crédito y la responsabilidad patrimonial derivada.”

- En relación a la fijación por el deudor de un domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones, el propósito legal es nuevamente evitar las dilaciones que la localización del deudor o las maniobras fraudulentas de éste para no recibir requerimientos o notificaciones pudieren ocasionar en el procedimiento¹⁸⁴. La regulación es exhaustiva en la modificación del

buscar un tercero que lo hiciese. En definitiva, el marco legal que regía imperativamente dicho proceso facultaba al acreedor a obtener dicha adjudicación en favorables condiciones si el deudor se aquietaba a la oferta efectuada en tercera subasta no haciendo uso de aquella facultad.

La jurisprudencia ha reservado la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en subastas judiciales a supuestos en los que el bien adjudicado lo fue comprendiendo accidentalmente elementos ajenos a la garantía hipotecaria y a la consiguiente tasación (v. gr., SSTs de 15 de noviembre de 1990, 4 de julio de 1993 y, más recientemente, 18 de noviembre de 2005), pero no le ha reconocido relevancia cuando, seguido el proceso correctamente por sus trámites, sólo puede apreciarse una divergencia entre el precio de tasación y el de adjudicación, aun cuando ésta sea notable, ni siquiera en un supuesto en que se reconoció que el precio del remate a favor de la entidad concedente fue «irrisorio y absolutamente desproporcionado» (STS de 8 de julio de 2003), situación que, en el caso examinado, se halla todavía lejos de lo que se deriva de los hechos fijados por la sentencia recurrida, la cual sólo hipotéticamente admite que pueda haberse producido una devaluación de los bienes en el momento de la adjudicación, y en el que se advierte, además, que la rebaja en el precio del remate puede estar en relación con el hecho de que el crédito fue concedido para la construcción del inmueble hipotecado, cuyas previsiones no necesariamente realizadas pudieron influir en el valor asignado en la escritura de préstamo”.

¹⁸⁴ Dice la Resolución de la DGRN de 30 de junio de 2014 (BOE 29 de julio de 2014): “El artículo 682.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que el deudor -y, en su caso, el hipotecante no deudor- fije en la escritura un domicilio para la práctica de notificaciones y requerimientos. La fijación del domicilio a efectos del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados tiene la doble finalidad de asegurar al acreedor frente a dilaciones indebidas por cambios de residencia o mala fe del deudor, por un lado, y por otro, garantizar al deudor el exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas. En cuanto a lo primero, se trata en definitiva de dotar de certeza a la actuación del acreedor y del juzgado y dar fuerza jurídica a las notificaciones y requerimientos que se dirijan al domicilio señalado. Y en cuanto a lo segundo, el régimen sobre las notificaciones personales del deudor en el domicilio señalado constituye un trámite esencial, que no puede ser suplido por ningún otro medio de comunicación, y cuya infracción determina no sólo la nulidad del trámite, sino la de todo el procedimiento y, con él, la propia adjudicación (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1994, y 1 de junio de 1995), ya que está vinculado al respecto del principio constitucional de tutela judicial efectiva. Se garantiza con ello que el deudor pueda satisfacer el importe de lo adeudado con anterioridad a la ejecución, intervenir para oponerse a cualquier irregularidad del procedimiento, personarse en la subasta para pujar o para

domicilio, exigiendo concurso del acreedor en ciertos supuestos, artículo 683 LEC y en todo caso, constancia registral de dichos cambios¹⁸⁵.

La necesidad de que conste en la escritura de constitución de hipoteca un domicilio a efectos de notificaciones y requerimientos y que, además, este domicilio haya sido objeto de inscripción registral, para poder ejercitar el *ius distrahendi* por el cauce del procedimiento de ejecución hipotecaria, no sólo deriva de la literalidad del artículo 682 de la LEC, sino que ha sido resaltado por la doctrina de la DGRN. La Resolución de 26 de julio de 2016 (BOE 20 de septiembre de 2016) resuelve el recurso contra la denegación del registrador de expedir la certificación de cargas del artículo 688 de la LEC en el caso de una hipoteca en que se había fijado un domicilio para notificaciones por el deudor, pero que por razones que no se conocen no accedió al Registro de la Propiedad. La Resolución sostiene que no puede ejecutarse la hipoteca por el procedimiento previsto en los artículos 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129 de la Ley Hipotecaria por carecer de uno de sus presupuestos. Como afirma el artículo 130 de la Ley Hipotecaria: «El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos

provocar la subida de la puja, y contribuir en definitiva a realizar mejor el crédito del acreedor, lo que aminorará la responsabilidad universal del artículo 1911 del Código Civil del deudor.”

¹⁸⁵ “1. El deudor y el hipotecante no deudor podrán cambiar el domicilio que hubieren designado para la práctica de requerimientos y notificaciones, sujetándose a las reglas siguientes:

1.^a Cuando los bienes hipotecados sean inmuebles, no será necesario el consentimiento del acreedor, siempre que el cambio tenga lugar dentro de la misma población que se hubiere designado en la escritura, o de cualquier otra que esté enclavada en el término en que radiquen las fincas y que sirva para determinar la competencia del Juzgado.

Para cambiar ese domicilio a punto diferente de los expresados será necesaria la conformidad del acreedor.

2.^a Cuando se trate de hipoteca mobiliaria, el domicilio no podrá ser cambiado sin consentimiento del acreedor.

3.^a En caso de hipoteca naval, bastará con poner en conocimiento del acreedor el cambio de domicilio. En todo caso, será necesario acreditar la notificación fehaciente al acreedor.

2. Los cambios de domicilio a que hace referencia el apartado anterior se harán constar en el Registro por nota al margen de la inscripción de hipoteca, bien mediante instancia con firma legitimada o ratificada ante el Registrador, bien mediante instancia presentada telemáticamente en el Registro, garantizada con certificado reconocido de firma electrónica, o bien mediante acta notarial.

3. A efectos de requerimientos y notificaciones, el domicilio de los terceros adquirentes de bienes hipotecados será el que aparezca designado en la inscripción de su adquisición. En todo caso será de aplicación la previsión contenida en el apartado 1 del artículo 660”.

extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo» (vid. Resolución de 1 de octubre de 2014).

La fuerza del domicilio registral conllevó que la Ley 13/2009 de 3 de noviembre introdujera un nuevo párrafo en el artículo 686 de la LEC referido a las consecuencias de una diligencia de requerimiento de pago al deudor negativa en el domicilio que constaba en el Registro de la Propiedad: *“Intentado sin efecto el requerimiento en el domicilio que resulte del Registro, no pudiendo ser realizado el mismo con las personas a las que se refiere el apartado anterior, se procederá a ordenar la publicación de edictos en la forma prevenida en el artículo 164 de esta Ley”*.

El Tribunal Constitucional, en sentencia dictada en recurso de amparo, sentencia n° 122/13 de 20 de mayo¹⁸⁶, valoró la adecuación de esta reforma a la doctrina constitucional reiterada sobre el alcance de la citación edictal, sobre la cual realizó una interpretación *secundum constitutionem*, que vino a privar de contenido el citado precepto. Recuerda el TC que “es necesario que el órgano judicial agote los medios que tenga a su alcance para notificar al ejecutado la existencia del proceso en su domicilio real, de modo que, una vez que surjan dudas razonables de que el domicilio señalado en la escritura del préstamo hipotecario y que figura en el Registro sea el domicilio real del ejecutado, le es exigible que intente, en cumplimiento del deber de diligencia que en orden a la realización de los actos de comunicación procesal le impone el art. 24.1 CE, el emplazamiento personal del ejecutado en el domicilio que figure en las actuaciones, distinto del que consta en la escritura de préstamo hipotecario y en el Registro”, concluyendo que *desde una estricta perspectiva constitucional, procede realizar una interpretación secundum constitutionem del art. 686.3 LEC, integrando su contenido, de forma sistemática, con el art. 553 LEC, precepto rector de la llamada al proceso de ejecución hipotecaria, y con la doctrina de este Tribunal en cuanto a la subsidiariedad de la comunicación edictal, la cual tiene su fuente directa en el derecho de acceso al proceso del art. 24.1 CE, de manera que la comunicación edictal en el*

¹⁸⁶ ROJ: STC 122/2013.

*procedimiento de ejecución hipotecaria sólo puede utilizarse cuando se hayan agotado los medios de averiguación del domicilio del deudor o ejecutado*¹⁸⁷.

Si bien el Tribunal Constitucional no declara la inconstitucionalidad del precepto, la interpretación conforme a la Constitución que impuso dejaba sin efecto el inciso cuestionado que era claro en su tenor.

Como hemos señalado con anterioridad, no es el único pronunciamiento que anuda la corrección del procedimiento de ejecución hipotecaria a la efectividad de la notificación al deudor hipotecario. También el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el seno de Naciones Unidas y con ocasión de la Queja 2/14 dirigida contra España, declaró que los actos de notificación adecuada en el proceso cuando como en el caso involucra un derecho humano (en este caso, el derecho a la vivienda), han de ser objeto de supervisión judicial, acudiéndose únicamente a la citación edictal como último recurso.

Finalmente, el inciso 3 del artículo 686 ha sido modificado por la Ley 19/2015 de 13 de julio, siendo su tenor el siguiente: Intentado sin efecto el requerimiento en el domicilio que resulte del Registro, no pudiendo ser realizado el mismo con las personas a las que se refiere el apartado anterior, y realizadas por la Oficina judicial las averiguaciones pertinentes para

¹⁸⁷ Es cierto que el TC había resuelto (no siempre, es verdad, de forma uniforme) diversos recursos de amparo en los que concluía la necesidad del órgano judicial de indagar el domicilio del deudor (o del tercer poseedor o hipotecante no deudor), distinto del consignado registralmente, pero *cuando de las actuaciones resultaba constancia de otro domicilio*. Véase la STC 245/06 de 24 de julio (ROJ: STC 245/2006) cuya doctrina reproduce la STC 28/10 de 27 de abril (ROJ: STC 28/2010) en la que se otorgó el amparo porque “el órgano judicial, al proseguir la tramitación del proceso de ejecución hipotecaria hasta su conclusión sin agotar previamente los medios que tenía a su alcance para notificar al recurrente en su domicilio real la existencia del proceso, cuando ya existían dudas razonables de que el recurrente pudiera no tener conocimiento del mismo -y existiendo además otro domicilio en las actuaciones que, a la postre, resultó ser su domicilio real-, no satisfizo las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva y causó al recurrente en amparo una efectiva indefensión, al no poder personarse en el proceso a fin de defender sus derechos e intereses, lo que sólo aconteció cuando el Juzgado le notificó en su domicilio el Auto de remate que ponía fin al procedimiento”. En palabras de la STC 79/2013 de 8 de abril (ROJ: STC 79/2013) “la interdicción de la indefensión consagrada en el art. 24.1 CE implique a los órganos judiciales en el deber de velar por que quienes ostenten algún derecho o interés legítimo en un proceso de ejecución, aunque no hayan sido parte en el proceso principal, puedan comparecer y ser oídos en el mismo para garantizar su defensa, sin perjuicio del pronunciamiento que pueda recaer y de la posible existencia de otras acciones que puedan corresponder a los afectados”.

determinar el domicilio del deudor, se procederá a ordenar la publicación de edictos en la forma prevista en el artículo 164.

3.4.2. El principio de contradicción

Fruto de la concepción del procedimiento de ejecución hipotecaria como una mera sucesión de trámites o cauce para la realización del valor de la finca, desconociendo su propia configuración como proceso, se ha llegado a reducir hasta el mínimo el principio de contradicción en el seno del procedimiento¹⁸⁸, incluso sosteniéndose que deudor, tercer poseedor o hipotecante no deudor no tienen la consideración de auténticas partes procesales. El propio Tribunal Constitucional ha dicho que el procedimiento de ejecución hipotecaria es una auténtica vía de apremio, con una fase de cognición diferida a la promoción ulterior por el deudor de la correspondiente demanda declarativa en los términos del artículo 698 de la LEC.

La conocida STC 41/81 de 18 de diciembre¹⁸⁹, si bien referida al procedimiento del artículo 131 de la LH declaraba que “en procedimiento de ejecución hipotecaria, se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión. Hay que reconocer, con la doctrina, que en el procedimiento debatido falta la controversia entre las partes. En puridad, es un proceso de ejecución. Más en concreto, es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición. Tal estructura resulta lógica a partir de la naturaleza del título. La garantía del crédito hipotecario consiste en la sujeción del valor de la finca hipotecada, que es simplemente potencial, porque la realización del valor sólo puede producirse si se da la *conditio iuris*

¹⁸⁸ Cita MONTERO AROCA a GUASP quien sostenía que en el proceso hipotecario no existe el principio de contradicción, pero ello no es una especialidad del mismo sino una consecuencia de su naturaleza de proceso de ejecución, pues admitir que el deudor pudiera oponerse a la actuación del título ejecutivo, alegando motivos de fondo o de forma, sería desnaturalizar la ejecución, MONTERO AROCA, *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria...*, op. cit. p.218.

¹⁸⁹ ROJ: STC 41/1981.

de que se incumpla la obligación asegurada. Producida tal *conditio iuris*, la sujeción potencial se actualiza y el valor se realiza. El procedimiento es una vía de apremio, en que el juez realice un derecho del acreedor, que éste no puede realizar por sí sólo porque se lo impide el principio de la paz jurídica”, de forma que “lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario. En rigor, la radical limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor: hay una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo y nada más”¹⁹⁰.

El Tribunal Constitucional, ya con ocasión de la actual regulación, se ha vuelto a pronunciar sobre la constitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, a consecuencia de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sabadell, que cuestionaba la adecuación constitucional de los artículos 695, 698 y 579.2 de la LEC. El Tribunal inadmite la cuestión por medio del Auto 113/2011 de 19 de julio¹⁹¹, desechando entrar en la constitucionalidad de los artículos 698 y 579.2 de la LEC, por no superar el juicio de relevancia, dado que no eran preceptos de aplicación según el estado actual del procedimiento en el juzgado promotor. En cuanto al artículo 695, esto es, la limitación de las facultades

¹⁹⁰ Además la contradicción para la sentencia se salva en la fase preprocesal, en el llamado procedimiento registral de constitución e inscripción de la hipoteca, que sorprendentemente, para el TC llena los requisitos de defensa en el seno de un procedimiento iniciado con posterioridad a la constitución de la garantía real. La inscripción registral, que como sostiene la mejor doctrina, se basa en la protección de la apariencia y de la seguridad jurídica, se considera por el Alto Tribunal como paliativa de la ausencia de contradicción procesal, confundiendo el nacimiento del derecho real con la ejecución procesal de la hipoteca: “el constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa, ya que tal posición deriva de un negocio jurídico. La hipoteca voluntaria, dice el art. 145 de la Ley Hipotecaria, se constituye en escritura pública, con la especial garantía que ello trae consigo, y se inscribe en el Registro, con una inscripción que tiene valor constitutivo. El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral, que permite al deudor oponerse a la inscripción o instar la cancelación de la hipoteca cuando concurren los requisitos para ello. Así, la favorecida posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la Ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título”.

¹⁹¹ BOE 17 de agosto de 2011.

de oposición del deudor¹⁹², el Tribunal recuerda su doctrina contenida en la STC 41/81, reiterada sin fisuras en otras posteriores (217/93, 223/97, 158/97, todas como se ve anteriores a la Ley 1/2000), que sin más razonamientos entiende trasladable al régimen establecido en la LEC vigente, y declara “el carácter notoriamente infundado de la cuestión suscitada por el Juez proponente relativa a la compatibilidad del sistema de limitación de los motivos de oposición al despacho de ejecución, contemplado en el art. 695 LEC, con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario, habida cuenta de que este Tribunal ya ha despejado las dudas formuladas, declarando la conformidad del régimen procesal cuestionado con el referido derecho fundamental, de cuya hipotética vulneración el órgano proponente hace depender la lesión de otros derechos y principios constitucionales, como la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y el derecho a una vivienda digna (art. 47 CE), que en consecuencia carece de justificación a la luz del examen realizado”¹⁹³.

¹⁹² Recuérdesse que por su fecha, la norma cuestionada es anterior a la reforma introducida por la Ley 1/13 de 14 de mayo, ya apuntando el juzgado promovente que la redacción legal impedía discutir la posible existencia de cláusulas abusivas en el contrato. En el resumen de hechos contenido en el propio auto, el Juzgado razona: “La situación descrita –continúa– impide la apreciación de un vicio de nulidad con trascendencia sobre el cumplimiento de la obligación personal garantizada y del correspondiente vencimiento anticipado, que constituyen los presupuestos de toda ejecución hipotecaria, poniendo de manifiesto las extraordinarias implicaciones de las limitaciones de cognición del proceso de ejecución hipotecaria en el que, a pesar de que puedan advertirse tales circunstancias, ha de desestimarse la oposición sin entrar en el fondo por aplicación de los referidos preceptos procesales o plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. La presente cuestión –se reitera– plantea la imposibilidad de examinar en sede de oposición a la ejecución posibles nulidades relativas a las circunstancias en que se suscribió tanto la obligación garantizada como la garantía hipotecaria, o el contenido abusivo de las cláusulas contractuales, lesionando el derecho de la parte ejecutada a una tutela judicial efectiva y, en el presente caso, el derecho constitucional a una vivienda digna”.

¹⁹³ Además el TC concluye con una áspera reflexión: “las razones expuestas conducen finalmente a la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, no sin antes reiterar, en el presente caso, que la cuestión de inconstitucionalidad no es cauce procesal idóneo para que los órganos jurisdiccionales puedan cuestionar de modo genérico o abstracto la constitucionalidad de un régimen o esquema legal (por lo que aquí interesa el proceso de ejecución hipotecaria) por contraste con un hipotético modelo alternativo, que no le compete formular al órgano proponente ni corresponde valorar a este Tribunal Constitucional por ser materia de la exclusiva competencia del legislador, dentro de cuyos límites constitucionales dispone de un amplio margen de libertad de elección que este Tribunal ni puede ni debe restringir”.

El auto contó con un voto particular del Magistrado Eugeni Gay Montalvo que incide en la necesidad de contemplar en el análisis constitucional del procedimiento la realidad social del momento y el cambio de significación financiera y económica de la garantía hipotecaria, que ha podido ocasionar error en el consentimiento de los riesgos asumidos en los prestatarios. Nada, sin embargo, existe en el voto particular sobre el cambio de concepción del procedimiento y sobre la limitación de los medios de oposición a los motivos referidos no a la garantía inmobiliaria sino a la obligación garantizada, que intuía el juzgado promovente y que luego ha dado lugar a la quiebra del sistema a través de la interpretación efectuada por el TJUE.

Si bien el Tribunal Constitucional no aprecia modificación significativa entre la regulación anterior del artículo 131 de la LH y la actual concepción del procedimiento de ejecución hipotecaria como particularidad del procedimiento de ejecución ordinaria, sí lo considera así una parte de la doctrina. Para MIRA ROS “tratándose, por el contrario, de la ejecución de títulos extrajudiciales, la posibilidad de contradicción, no sólo por defectos procesales, sino también por motivos materiales o de fondo, por sumario que sea el alcance cognitivo del propio juicio ejecutivo, representa un aspecto esencial del proceso. Discute la doctrina procesalista si ese contradictorio se sustancia como un incidente de la ejecución iniciada con la admisión de la demanda o si, por el contrario, se cierra como una fase previa a la vía de apremio, de modo que lo que se ejecuta no es el título aportado con la demanda, sino, en todo caso, la propia decisión judicial de proseguir el procedimiento, a la vista de la oposición formulada o de su falta de formulación. Sin abundar en esta polémica, que aún divide en nuestro país a la doctrina procesal, baste señalar, en lo que aquí interesa, que, en todo caso, el automatismo de un juicio ejecutivo casi falto de contradicción, como el del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria sí merecería, quizá, desde esta perspectiva, serios reparos de inconstitucionalidad”¹⁹⁴. En el mismo sentido MONTERO AROCA¹⁹⁵ para quien en todo proceso de ejecución concurren los principios que atendiendo a las partes determinan la misma existencia del proceso, y que sin dualidad, contradicción e igualdad, se dan también en la ejecución, se trata de una actividad con dos partes que, en contra de lo que tradicionalmente viene sosteniéndose, están en contradicción e igualdad¹⁹⁶.

¹⁹⁴ MIRA ROS, *op. cit.*

¹⁹⁵ MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional II...op. cit.* p. 482.

¹⁹⁶ Para CARRASCO PERERA, en cambio “la característica fundamental del procedimiento especial de los arts. 681 y ss de la LECiv es su carácter sumario. No existe en este procedimiento un trámite de valoración de los bienes embargados (cfr. para la ejecución ordinaria, art. 637 y ss. De la LECiv), pues (...) la valoración de los bienes la realizan las partes en el momento de constituir la hipoteca (cfr. art. 682.2 1º LECiv). Tampoco hay en este procedimiento una fase previa a la ejecución de audiencia –al ejecutado y a los interesados en el mismo –ni de contradicción procesal, y tampoco durante su sustanciación existe verdadera contradicción procesal, pues las causas de oposición (cfr. arts. 695-697 LECiv) son muchas menos de las que son admisibles en cualquier ejecución forzosa (comparar los preceptos citados con el art. 557 LECiv)”, *op. cit.* p.1088. MONTERO AROCA ha sostenido que la sumariedad no puede predicarse del procedimiento de ejecución en sí, porque es característica del proceso declarativo, al suponer la reducción de los motivos de cognición, de la prueba o de su plazo. El

A nuestro juicio no puede identificarse la fase de contradicción del procedimiento de ejecución hipotecaria con el juicio ulterior del artículo 698 de la LEC. Este procedimiento no se integra en el de ejecución, se produce sin posibilidad de suspensión (procesalmente no se contempla la prejudicialidad civil como causa de suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria¹⁹⁷)

procedimiento de ejecución hipotecaria no es por ello sumario; sumariedad sería predicable de forma exclusiva del incidente declarativo que produce la oposición a la ejecución: “no existen ni pueden existir procesos de ejecución sumarios pues sumariedad y ejecución son términos incompatibles: 1.º) La sumariedad supone limitación y ésta se refiere a las alegaciones de las partes, al objeto de la prueba y a la cognición judicial, lo que lleva a que en el proceso sumario no se plantee con plenitud el conflicto existente entre las partes, sino sólo un aspecto concreto del mismo; en esas circunstancias es lógico que pueda existir un proceso plenario posterior en el que pueda plantearse la totalidad del litigio y en el que no podrá exceptuarse cosa juzgada. 2.º) La ejecución implica, por su propia esencia, que lo que se está pidiendo al órgano jurisdiccional con la pretensión ejecutiva es una conducta física productora de un cambio real en el mundo exterior, con el fin de acomodarlo a lo establecido en el título que sirve de fundamento a la pretensión de la parte y a la actuación jurisdiccional. En el proceso de ejecución no se declara el derecho, no se dice, sino que se actúa lo ya dicho en la sentencia o lo que no precisa de declaración porque la ley concede a un documento fuerza ejecutiva. La sumariedad es una característica que sólo puede referirse a la declaración del derecho, nunca a la ejecución del mismo”, MONTERO AROCA, J., *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria... op. cit.* pp. 89-90. En el mismo sentido BARONA VILAR: “El problema fundamental que vamos a encontrar es que, junto con el calificativo de proceso de ejecución (respecto del que parece existir ya cierto consenso doctrinal y jurisprudencial), se le califica, y no sólo a este procedimiento, sino también algún otro con las mismas características, de proceso de ejecución sumario (y en ese mismo error ha incurrido el TC en diversas ocasiones, quizá incluso llevado, en el caso que nos ocupa, porque la propia LH está calificando a este juicio hipotecario como sumario). Interesa, por ello, aclarar, como lo hace Montero Aroca, que no es posible predicar la sumariedad de los procesos de ejecución, y ello por cuanto la sumariedad sólo se predica respecto de la declaración del derecho, mas nunca de la ejecución del mismo. El ámbito de la sumariedad sólo puede referirse a lo que se declara, a lo que se juzga, es decir, a la oposición”, BARONA VILAR, S. (1995), “El procedimiento ejecutivo del art. 131 de la ley hipotecaria (Sobre las SSTC 217/1993, de 30 de junio, y 296/1993, de 18 de octubre)”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 3, p. 330. Sin embargo, la referencia a la sumariedad del procedimiento es recurrente en una mayoría de los autores. Así ADÁN DOMENECH, *op. cit.* pp. 35 a 37, para quien la sumariedad vendría caracterizada por la limitación de los medios de oposición del deudor, de los medios de prueba de que puede valerse y de la ausencia de cosa juzgada en la resolución que se dicte. O GÓMEZ GALLIGO, *op. cit.* p. 1892, para quien “el proceso de ejecución sobre bienes especialmente hipotecados en la LEC mantiene las características del procedimiento judicial sumario, potenciándolo en su vertiente de acción registral, aunque manteniendo las debidas garantías del deudor”.

¹⁹⁷ Sin perjuicio del debate que se instaura con posterioridad a la STJUE de 14 de marzo de 2013 al que seguidamente se hará mención, la falta de coordinación de los efectos del declarativo ulterior que tanto el artículo 564 de la LEC para la ejecución ordinaria como el artículo 698 de la LEC para la ejecución hipotecaria, existe en la LEC ha sido denunciada por la doctrina. Para SANTAELLA ALONSO, M. “la contradictoria ausencia de cualquier regulación en lo concerniente a los efectos que aquellos “declarativos correspondientes” hayan de tener sobre el proceso de ejecución. Si el art. 464 LEC remite la defensa del ejecutado a un procedimiento declarativo que puede sustanciarse en paralelo al ejecutivo, en el entendimiento de ser el cauce para combatir las ejecuciones ilícitas, no se entiende bien que sin embargo no se contemple en la norma (art. 565.1 LEC) la posibilidad de solicitar la suspensión de la ejecución por prejudicialidad civil en tanto no se resuelva el declarativo correspondiente. Diversos autores defienden que, ante la imposibilidad de decretarse la prejudicialidad civil en el proceso ejecutivo, podría solicitarse y obtenerse en el procedimiento declarativo la medida cautelar de suspensión de la ejecución dada la inespecificidad de la dicción legal del art. 727 LEEC (La Ley 58/2000). Ahora bien, nos alineamos más con la corriente doctrinal contraria por cuanto ello atentaría al principio de independencia judicial del artículo 117 CE y sobre todo porque, en cualquier caso, la suspensión de

de la ejecución, y en todo caso no es clara su relación con el procedimiento de ejecución hipotecaria.

El número primero del artículo 698 de la LEC deriva al procedimiento declarativo ulterior cualquier otra reclamación que deudor, tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, extinción o cuantía de la deuda, sin llegar, como se ha dicho a suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria. Deberemos acotar qué reclamaciones no comprendidas en el artículo 695 de la LEC son susceptibles de formularse con posterioridad a través del procedimiento declarativo del artículo 698 de la LEC.

En relación a aquellas que puedan constituir algunas de las causas de oposición por motivos procesales del artículo 559 de la LEC¹⁹⁸, debemos entender que configurándose en la Ley el procedimiento de ejecución hipotecaria como meras *especialidades* del procedimiento de ejecución ordinaria, se permitirá al deudor hipotecario oponer en la ejecución hipotecaria las mismas, sin tener que acudir al momento ulterior del declarativo correspondiente. Ello además obvia los inconvenientes derivados desde el punto de vista de la competencia funcional de atribuir a otro juzgado que no sea el superior funcional la revisión de los requisitos de admisibilidad de la demanda ejecutiva.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente sobre el control de los presupuestos del título ejecutivo del procedimiento de ejecución

un procedimiento judicial, de forma inexcusable, ha de ser siempre acordada por el propio órgano judicial –el Juez o el Secretario Judicial– encargado del procedimiento cuya suspensión se discute”, SANTAELLA ALONSO, M. (2013), “La problemática de la modificación sobrevenida del título ejecutivo en los procedimientos de ejecución forzosa”, *Diario La Ley* N° 8118, Sección Doctrina, La Ley, pp. 7-8.

198 “1. El ejecutado podrá también oponerse a la ejecución alegando los defectos siguientes:

- 1.º Carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda.
- 2.º Falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda.
- 3.º Nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena, o por no cumplir el documento presentado, el laudo o el acuerdo de mediación los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el artículo 520.
- 4.º Si el título ejecutivo fuera un laudo arbitral no protocolizado notarialmente, la falta de autenticidad de éste”.

hipotecaria en el seno de este procedimiento, pese a la redacción del artículo 695 de la LEC. En primer lugar, en su sentencia nº 39/15 de 2 de marzo¹⁹⁹, resolviendo un recurso de amparo frente a la denegación por el juzgado de instancia de resolver en el seno de la oposición a la ejecución hipotecaria del defecto del título denunciado por la ejecutada, y que consistía en que en la escritura de constitución de la hipoteca las partes no habían fijado el valor en que tasaban la finca a efectos de subasta. El juzgado entendió que no comprendiéndose la causa indicada en ninguno de los motivos de oposición establecidos en el artículo 695 de la LEC debían el ejecutado acudir al procedimiento declarativo correspondiente. El Tribunal recuerda que la determinación de las causas de oposición comprendidas en el artículo 695 de la LEC es una cuestión de legalidad ordinaria, si bien el Tribunal puede someter a control las decisiones de los tribunales sobre la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales en aquellos supuestos en los cuales la interpretación efectuada por el órgano judicial de la normativa declarada aplicable sea arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente; y cuando del acceso a la jurisdicción se trate, en los casos en los que dicha normativa se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que reserva y la relevancia de los intereses que se sacrifican.

Entiende el Tribunal que la fijación de un precio para tipo de la subasta del bien hipotecado es un presupuesto del proceso y por ello pudo el juzgado examinar el mismo, tras la denuncia del ejecutado, en el procedimiento, sin remitirlo a un procedimiento ulterior, estimando el amparo.

En su sentencia nº 49/16 de 14 de marzo²⁰⁰ el Tribunal vuelve a recordar la doctrina contenida en la sentencia citada 39/15. El amparo promovido se fundaba, además de en otras cuestiones, en la falta de cumplimiento de los requisitos de los artículos 573 a 575 de LEC para la liquidez del título exigibles por haberse pactado en la préstamo garantizado

¹⁹⁹ ROJ: STC 39/2015.

²⁰⁰ ROJ: STC 49/2016.

con la hipoteca un interés variable, sin aportarse la documentación indicada en dichos preceptos ni haberse procedido a la notificación del saldo deudor al hipotecante no deudor; asimismo el ejecutado sostenía su falta de legitimación pasiva en el procedimiento por tener la condición de fijador personal. El Tribunal sostiene que la liquidez del título es presupuesto del mismo y que *ambas* cuestiones pueden ser resueltas por el órgano judicial en el seno del procedimiento²⁰¹.

En cualquier caso, la falta de legitimación pasiva que alegaba el fiador en el procedimiento de ejecución hipotecaria sí pudiera haber tenido encaje en el número 1 del precepto, si entendemos que los legitimados pasivamente vienen establecidos en el artículo 685 de la LEC, sin que ninguna referencia se haga al precepto por el Tribunal Constitucional, más allá de los presupuestos del título ejecutivo a los que, es evidente, no se extiende la legitimación pasiva²⁰².

²⁰¹ En el ámbito constitucional en que se desenvuelven ambas resoluciones, no se pronuncia el TC sobre la posibilidad de que el ejecutado formule oposición por los motivos procesales del artículo 559 de la LEC, cuestión ésta de legalidad ordinaria, aunque a nuestro juicio, la invocación de la irrazonabilidad del rechazo al análisis de los presupuestos procesales una vez denunciada la falta por el ejecutado en la oposición a la ejecución es un refrendo a la admisión de la misma. Las Audiencias Provinciales no mantienen un criterio unánime aun cuando puede entenderse que la postura mayoritaria se inclina por admitir la posibilidad de oposición por motivos procesales. Así por ejemplo la Sección 5 de la AP de Málaga, en auto de fecha 30 de junio de 2016 (ROJ: APP MA 42/2016): “La LEC no recoge en ninguno de sus preceptos la posibilidad de alegar como motivos de fondo otros que no estén recogidos en el artículo 695 de la norma, pero que el ejecutado puede oponer en el procedimiento de ejecución hipotecaria el incumplimiento de los requisitos necesarios para poder despachar ejecución (...), y de este modo podrán oponerse las causas consideradas en el artículo 559 fundadas en motivos procesales que incluyen aspectos incluso revisables de oficio por el Juzgado que despacha la ejecución, a tenor de lo establecido en el artículo 551.1 de la repetida LEC”. En sentido contrario, sin embargo, la Sección 14 de la AP de Barcelona en auto de fecha 16 de julio de 2012 (ROJ: AAP B 5473/2012).

Obsérvese que con la reforma introducida en el número 3 del artículo 559.1 de la LEC por el Real Decreto Ley 5/2012 de 5 de marzo, y luego por Ley 5/2012 de 6 de julio, la posibilidad de oponer la nulidad del despacho por no reunir el título los requisitos legales para llevar aparejado la ejecución quedaba limitada a los laudos arbitrales y a los acuerdos de mediación, con lo que los títulos extrajudiciales como el que analizamos no podían ser analizados a través de esta causa de oposición. La Ley 45/2015 de 5 de octubre ha vuelto a permitir el análisis de la fuerza ejecutiva de los títulos extrajudiciales al añadir el término “documento” a la norma.

²⁰² Sobre la condición de parte del fiador en el procedimiento de ejecución hipotecaria, PASCUAL BROTONS, Cristina, *El fiador personal en la ejecución hipotecaria... op. cit.* A nuestro juicio, el número 5 del artículo 685 de la LEC introducido por la Ley 19/15 de 13 de julio, avala que el fiador no tiene la condición de parte procesal en el procedimiento de ejecución hipotecaria, siendo partes únicamente las personas indicadas en el número 1 del artículo 685 de la LEC. La distinta mención al deudor en el número 1 y al fiador en el número 5 del artículo comentado da idea de que el fiador no se equipara al deudor a los efectos de su consideración de parte y de la necesidad del requerimiento de pago, incluso aunque se trate de una fianza solidaria, dado que no es el principalmente obligado, sino vinculado por una relación de garantía personal accesorio. Además la ley obliga a la notificación, no al requerimiento de pago, del que resulta el plazo para la oposición, y la vincula con la posibilidad de dirigir contra el mismo el procedimiento ulterior del artículo 579 de la LEC, imponiendo una preferencia o excusión

En segundo lugar, y aunque con algunas vacilaciones, el Tribunal Constitucional admite que la nulidad de actuaciones en el procedimiento se denuncie a través del incidente de nulidad de actuaciones, sin que sea preciso que se reproduzca la nulidad procesal en el juicio declarativo ulterior para poder acudir al recurso de amparo²⁰³. En la sentencia 8/91 de 17 de enero²⁰⁴ el Tribunal declara que “abstracción hecha de que ningún límite resulta del *art. 132 de la Ley Hipotecaria* a la facultad que a los Jueces y Tribunales otorga el *art. 240.2 de la LOPJ* -precepto que *este Tribunal ha declarado en la STC 185/1990* que no es contrario a los *arts. 24 y 53.2 de la CE* de declarar de oficio antes de que hubiera recaído Sentencia definitiva la nulidad de las actuaciones por vicios procesales que determinan efectiva indefensión, facultad de la que hizo uso el Juzgado de Instancia para decretar la nulidad de lo actuado a partir del momento anterior a la notificación de la tasación de costas y liquidación de intereses, y cuyo ejercicio no solamente no resulta contrario a las características del proceso sumario del *art. 131 de la LH*, sino conforme a la salvaguardia de las garantías procesales de las partes y al principio de economía procesal, ante el absurdo de continuar un trámite a sabiendas de la existencia de un defecto que vicie el proceso por indefensión y evitar así el dispendio de un juicio declarativo”²⁰⁵.

legal en el caso de que el acreedor opte por promover en primer lugar la demanda de ejecución hipotecaria. La intervención por tanto del fiador derivará de su propia actividad dentro del procedimiento: podrá pagar, y por ser parte interesada, podrá formular la oposición que corresponda en los términos del artículo 695 de la LEC. Pero no precisa ser requerido de pago y su ausencia en el procedimiento sólo conllevará la imposibilidad de prosecución de la ejecución hipotecaria tras la subasta del bien por los trámites del procedimiento de ejecución ordinaria.

²⁰³ Ya desde la STC 148/1988 de 14 de julio (ROJ: STC 148/1988) el TC admite la formulación del incidente de nulidad de actuaciones en el procedimiento de ejecución hipotecaria incluso tras el dictado del auto de adjudicación en el procedimiento del artículo 131 de la LH, porque el límite del dictado de la sentencia del artículo 240 de la LOPJ, que tiene su justificación en el principio de la santidad de la cosa juzgada y de la seguridad jurídica, no puede ser objeto de una interpretación extensiva contraria al principio de defensa.

²⁰⁴ ROJ: STC 8/1991.

²⁰⁵ Como hemos dicho la doctrina del TC no ha sido uniforme en esta materia. En sus sentencias, por ejemplo, n° 217/93 de 30 de junio (ROJ: STC 217/1993) y 296/93 de 18 de octubre (ROJ: STC 296/1993) sostuvo al contrario que “por lo que se refiere en concreto al criterio jurisprudencial de rechazar, en aplicación del *art. 132 L.H.*, la posibilidad de instar la nulidad de actuaciones en el seno del procedimiento ejecutivo del *art. 131 L.H.* y la consiguiente remisión al declarativo correspondiente, hemos declarado que la pretensión del recurrente en amparo no trasciende del plano de la legalidad ordinaria, ya que si bien es cierto que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho del interesado a acceder a la jurisdicción, sometiendo a su conocimiento las pretensiones que ante ella se deducen, no lo es menos que no puede hacerlo sino por los cauces y de acuerdo con las normas legalmente establecidas, cauces y normas que compete interpretar y aplicar a la jurisdicción ordinaria (*art. 117.3 C.E.*)”. Agregándose que, en aquel supuesto, “tanto el Juzgado de Instancia como la Audiencia

Un supuesto especial de reclamación se planteó de forma recurrente ante el Tribunal Constitucional a través de la vía del amparo constitucional en relación a los derechos de terceros poseedores que se verían afectados por el lanzamiento derivado del procedimiento de ejecución hipotecaria (arrendatarios especialmente) sin haber tenido ocasión alguna de conocer el procedimiento ni de hacer valer en el mismo su derecho a poseer el inmueble. La introducción en el procedimiento de ejecución ordinaria del trámite de audiencia del artículo 675 de la LEC (previamente a la subasta el trámite asimismo del artículo 661) viene a dar respaldo legal a la doctrina que el Tribunal fijó a través de los diferentes procesos de los que conoció, y que se resumen en la necesidad de que el tercero poseedor tenga conocimiento de la existencia del procedimiento y pueda en el mismo alegar su derecho a poseer y obtener una respuesta motivada del juez sobre el título esgrimido a los meros efectos de la continuidad en la posesión²⁰⁶.

Provincial han considerado, en aplicación del citado precepto legal, que la nulidad de actuaciones del procedimiento ejecutivo del *art. 131 L.H.* había de hacerse valer en el juicio declarativo ordinario y tal interpretación no puede en modo alguno ser considerada arbitraria ni infringe el *art. 24.1 C.E.* al quedar abierta a todos los interesados la vía del declarativo, por lo que se ha de concluir que la aplicación del *art. 132 L.H.* realizado por los órganos jurisdiccionales en las resoluciones impugnadas no vulneran el *art. 24.1 C.E.* (*STC 64/1985*, fundamento jurídico 4º; *AATC 202/1988*, *282/1991* y *13/1992*)”

²⁰⁶ La *STC 6/92* de 16 de enero (ROJ: *STC 6/1992*) proscribió, hasta tanto el legislador no instrumentara un trámite de audiencia al arrendatario en el procedimiento hipotecario, el lanzamiento del mismo sino cuando fuere oído y vencido en el procedimiento declarativo ulterior, único en el que podría tener la consideración de parte procesal: “El desalojo y lanzamiento de la recurrente de la vivienda que ocupa, requiere, pues, como exigencia constitucional, que sea oída y vencida en un procedimiento contradictorio, con igualdad de armas entre las partes y con todas las garantías procesales establecidas en las leyes. No ocurrió así en el presente caso porque el procedimiento especial y sumario, según razonan las providencias impugnadas, no lo permitía y de ahí que no fuera tenida por parte en el mismo y que sus alegaciones, una vez comparecida, no merecieran más respuesta judicial que la negativa a darla “por no tener la condición de parte”. Esta circunstancia es, precisamente, la que justifica el otorgamiento del amparo: si no fue parte en el proceso y no mereció en él una respuesta fundada en Derecho, adoptada con contradicción y demás garantías legales, no puede ser lanzada de la vivienda que ocupa sin infringirse abiertamente su derecho de defensa que, como derecho fundamental, otorga en todo caso el *art. 24.1* de la Constitución.

En consecuencia, la cuestión del lanzamiento de la arrendataria por el nuevo propietario deberá ser resuelta en un nuevo proceso ordinario en el que la hoy recurrente de amparo sea parte y tanto ella como la entidad adjudicataria hagan valer sus derechos, acerca de los cuales, en cuanto cuestiones de legalidad ordinaria, nada tiene que decir este Tribunal. El legislador podrá (y quizá convenga que lo haga) introducir una nueva previsión en el proceso del *art. 131* de la *L.H.* que permita la comparecencia en él con igualdad de armas procesales del arrendatario de la finca hipotecada. Pero en tanto no lo haga y por respeto al mayor valor de los derechos fundamentales (en este caso el de la prohibición de la indefensión) la arrendataria no podrá ser lanzada sin haber sido parte en la única vía procesal posible que no es otra que el proceso declarativo ordinario.” Sin embargo, la doctrina no se estimó aplicable en la Sentencia del Pleno 166/94 de 26 de mayo (ROJ: *STC 166/1994*) al usufructuario que había recurrido en amparo. La jurisprudencia expuesta se matiza posteriormente, y en la *STC 158/97* de 2 de octubre (ROJ: *STC 158/1997*) en la cual se acotó que la cuestión de constitucionalidad que únicamente compete a este Tribunal, es decir, la de si los órganos judiciales en la tramitación de aquel procedimiento, se han pronunciado sobre esa posibilidad de defensa “la decisión en cada una de las situaciones posesorias,

Así las cosas, el ámbito del procedimiento ulterior del artículo 698 de la LEC quedará por ello circunscrito a las causas que versen sobre la nulidad del título, a las causas que afecten al vencimiento, la certeza, la extinción o la cuantía de la deuda. Si las causas relacionadas con el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda hacen mención a la obligación garantizada con la hipoteca, debemos analizar qué significa la nulidad del título, una vez que hemos admitido la posibilidad de oposición de las causas de nulidad del documento-título a través del cauce del artículo 559 de la LEC o en última instancia a través del incidente de la nulidad de actuaciones, de concurrir sus presupuestos legales.

A nuestro juicio, nulidad del título sólo puede hacer mención a la nulidad del contrato documentado, trátase la misma del contrato de constitución de hipoteca o del contrato referido al crédito hipotecario. Y si lo que venimos exponiendo es así, no se trata de que el procedimiento de ejecución hipotecaria tenga una cognición diferida al procedimiento ordinario ulterior, sino que los únicos motivos que hasta la Ley 1/13 de 14 de mayo han sido permitidos en su seno son los relativos a la existencia, subsistencia y extinción de la garantía hipotecaria, o a la liquidez formal de la hipoteca en garantía del saldo de una cuenta entre acreedor y deudor hipotecario²⁰⁷. Es

como cuestión de legalidad, habrá de acordarse por el Juez o Tribunal estableciendo si ha de hacerse efectivo el lanzamiento en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, o bien si, por constatar que existe un título que resulta suficiente para amparar la continuidad de su situación posesoria, aquella diligencia no debe llevarse a cabo” y en todo caso mantenía la STC 29/03 de 13 de febrero (ROJ: STC 29/2003) “para permitir que los ocupantes puedan hacer valer el título que justifique su posesión antes de entregar la posesión a quien resulte adjudicatario de la vivienda, hemos exigido siempre que se posibilite el conocimiento de la decisión de proceder al desalojo a través del “obligado requerimiento”.

²⁰⁷ Como hemos dicho, la mención a la extinción de la obligación garantizada no permite la discusión del pago sino cuando está documentado en escritura pública o ha sido objeto de reflejo registral a través de la extinción de la garantía hipotecaria, supuesto que la realidad no permite la oposición del pago. En el mismo sentido se pronuncia MONTERO AROCA para quien la desvinculación entre hipoteca y crédito ha querido soslayarse con la introducción de esta causa de oposición dado que “el legislador actual ha sido consciente de que no podía mantener la exclusión total del pago del crédito de las causas de oposición y ha acudido a una ficción, si bien la misma no puede impedirnos concluir que sigue operando la hipoteca como verdadero título ejecutivo y sin referencia a la existencia de la obligación”, MONTERO AROCA, J., *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria...op. cit.* p. 274. En sentido similar MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C: “la causa de oposición no es en realidad la extinción material de la garantía o de la obligación garantizada, sino su plasmación en la cancelación registral de la hipoteca, o en una escritura de carta de pago, que ha de ser otorgada por el acreedor, que normalmente sería el demandante, lo que hace la hipótesis muy improbable”, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.(2015), “Principios inspiradores de la hipoteca, crisis económica y normas de excepción”, en Vivienda, préstamo y ejecución, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M./ MURGA FERNÁNDEZ, J., Aranzadi, Pamplona, p. 278.

decir, la limitación de los medios de oposición del deudor no supone que sea anulado el principio de contradicción, sino que el funcionamiento (como decimos, hasta la Ley 1/13 de 14 de mayo) de la garantía hipotecaria en el procedimiento de ejecución hipotecaria se produce de forma abstracta, al desvincularse del crédito u obligación garantizada²⁰⁸.

Por ello ha de convenirse en la plena vigencia del principio de contradicción en el procedimiento de ejecución hipotecaria, entendido como la existencia de dos posiciones enfrentadas, actor y demandado, que tiene libre acceso al procedimiento y que, personadas, adquieren la condición de parte, pudiendo formular sus pretensiones y pretender la prueba correspondiente a la misma²⁰⁹. No puede sostenerse por tanto que en el procedimiento de

²⁰⁸ Para ADÁN DOMENECH, F. como hemos dicho, el procedimiento de ejecución hipotecaria es sumario porque, entre otras razones, limita la cognición judicial: “La hipoteca se constituye como un derecho de garantía para asegurar la deuda derivada de una relación jurídica, que en caso alguno debe ser objeto de examen pormenorizado en la interinidad del proceso hipotecario, sino que en el mismo, solamente se examinará la existencia de la hipoteca y su debido cumplimiento, sin entrar a analizar la relación jurídica subyacente, produciéndose, en consecuencia, una verdadera limitación en cuanto al ámbito de conocimiento judicial respecto de la relación jurídica controvertida.”, *op. cit.* p. 35. El funcionamiento de la hipoteca en el procedimiento de ejecución hipotecaria como garantía abstracta en relación a las causas de oposición admisibles era puesto de manifiesto antes de la reforma efectuada por la Ley 1/13 por CANALS BRAGE: “Esta limitación de «excepciones» alegables por el deudor puede calificarse de verdadera «abstracción procesal ejecutiva», por la remisión de todas las «causas» que no sean las específicamente admitidas (art. 695 LEC), «incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda», al «juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento» (art. 698.1 LEC). Como tal su incardinación en un sistema de causalidad y accesoriedad es verdaderamente excepcional.”, CANALS FRAGE, F. (2007), “El incierto porvenir de la hipoteca en España (a propósito de algunos proyectos más o menos normativos)”, *Diario La Ley Doctrina* n° 6691.

²⁰⁹ Así GIMENO SENDRA: “Un proceso está presidido por el referido principio cuando a ambas partes, actor y demandado o acusador e imputado, se les permite efectivamente acceder al proceso a fin de poder hacer valer libremente sus respectivas pretensiones y defensas, mediante la introducción de los hechos que las fundamenten y su correspondiente práctica de prueba...” GIMENO SENDRA, V. (1993), *Introducción al derecho procesal*, MORENO CATENA. V./CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./ GIMENO SENDRA, V., Tirant lo Blanch, pp. 238. El TC en su sentencia n° 168/2001 de 16 de julio (ROJ: STC 168/2001) entiende el principio integrado en el contenido del artículo 24 CE: “El derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses. El derecho a la tutela judicial efectiva supone, no solamente el derecho de acceso al proceso, con respeto de los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales (STC 180/1995), así como a los recursos legalmente establecidos, sino también el adecuado ejercicio del derecho de audiencia y defensa para que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses, excluyendo así la indefensión prohibida por el art. 24 CE. El principio de contradicción, en cualquiera de las instancias procesales, constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías (STC 102/1998). Además, la regla de interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (SSTC 226/1988 , 162/1993 , 110/1994 , 175/1994 y 102/1998)”.

ejecución hipotecario no exista otra parte que el ejecutante: son partes procesales el deudor, el hipotecante no deudor y el tercer poseedor²¹⁰, estableciendo el artículo 685 de la LEC un litisconsorcio pasivo en el procedimiento, en razón de la particularidad del doble título ejecutivo que hemos expuesto: el crédito garantizado, que obliga a que el deudor sea en todo caso parte ejecutada, y la escritura de constitución de la garantía real, que obliga asimismo a que sean partes el constituyente de la garantía, aun cuando no haya asumido el pago de la deuda, y el tercer poseedor siempre que haya acreditado al acreedor la adquisición²¹¹.

²¹⁰ “no puede haber proceso sin partes, incluidos los procesos de ejecución. Esto supone ya, sin más, que, independientemente de lo que los ejecutados puedan oponer en la ejecución respecto de la relación jurídica material, han de asumir con plenitud la condición de parte y poder alegar en torno a la regularidad formal del proceso mismo. La naturaleza del proceso y la fuerza ejecutiva del título pueden limitar las alegaciones de los ejecutados que podemos llamar materiales, pero ello no puede suponer límite alguno en las posibilidades de defensa que cabe calificar de procesales” MONTERO AROCA, J., *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria...op. cit.* p. 269.

²¹¹ A nuestro juicio por error en la determinación de la pretensión ejecutiva, en ocasiones se ha sostenido la innecesariedad de la demanda dirigida frente al deudor cuando no es a su vez el hipotecante de la garantía. Ejemplo de ello el auto de la Sección 5 de la AP de Sevilla de 16 de octubre de 2012 (ROJ: AAP SE 2939/2012) que extractamos: “el artículo 681.1 de la LEC dice que la acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignoralizados o hipotecados. Por su parte el artículo 685.1 dice que la demanda ejecutiva “deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes.” De la interpretación conjunta de estos dos artículos resulta que siendo la acción hipotecaria una acción que se dirige directamente contra los bienes hipotecados, sin embargo la existencia del procedimiento ha de ponerse en conocimiento del hipotecante o del tercero que acredite la adquisición del bien hipotecado. Cuando el hipotecante es el deudor, la demanda se dirigirá contra él exclusivamente por cuanto no existe la figura del hipotecante no deudor. Pero cuando el deudor es una persona y el hipotecante en garantía de esa deuda es otra persona, la demanda ejecutiva basta con que se dirija contra el hipotecante no deudor que es el directamente afectado por la ejecución hipotecaria. Y si el bien hipotecado ha sido adquirido por un tercero, la demanda habrá de dirigirse contra ese tercer poseedor de los bienes hipotecados. Es decir, que una correcta interpretación de estos preceptos conduce a la conclusión de que la demanda ejecutiva sólo es obligatorio dirigirla contra el propietario del bien hipotecado, ya lo sea el deudor, ya lo sea quien no siendo deudor hipoteca un bien de su propiedad en garantía de la deuda, o ya lo sea un tercero que haya adquirido el bien hipotecado”. Por el contrario la doctrina de la DGRN exige en todo caso dirigir la demanda contra el deudor por la conexión de la hipoteca y el crédito garantizado y por el mandato del artículo 685. Así la Resolución de 7 de marzo de 2013, LA LEY 43505/2013: “Por lo que se refiere al deudor no hipotecante, o sea al que no es dueño de la finca contra la que se dirige la acción real hipotecaria, el fundamento de la extensión de la calificación registral al requisito de haberse demandado y requerido de pago al deudor, no puede radicar en el principio de tracto sucesivo, puesto que no es titular registral, pero existente importantes conexiones entre la obligación del deudor y la garantía real hipotecaria que podrían explicar que el legislador exija que la acción se dirija también contra el deudor aunque nos sea dueño de la finca. Aparte de las incidencias que pueden producirse a lo largo del procedimiento, en cuanto a la posibilidad de que el deudor demandado pague y pueda participar en la subasta evitando las pujas de la misma, existe una razón fundamental para la intervención del deudor y es que dentro del mismo procedimiento de ejecución se prevé que si la enajenación de la finca fuera insuficiente para el pago de la obligación, se permite el acreedor que continúe el procedimiento con el embargo de otros bienes del deudor para la satisfacción de la parte que ha quedado sin pagar”.

Polémica también ha sido la necesidad de que el tercer poseedor hubiere acreditado al acreedor la adquisición de los bienes que el artículo 685 de la LEC incluye en su redacción. El TC en su sentencia 79/13 de 8 de abril (ROJ: STC 79/2013) equipara la inscripción en el Registro de la Propiedad de la

3.4.3. El principio de contradicción: el principio de audiencia

El principio de contradicción comprende el derecho de acceso al proceso, pero también, el derecho a ser considerado parte procesal y a deducir las pretensiones en el seno del procedimiento, así como a desplegar en el mismo los medios probatorios precisos para acreditar tales pretensiones, esto es, se incluye en el mismo el llamado derecho de audiencia.

Distingue ALFARO VALVERDE²¹² tres facetas en el principio de audiencia desde su perspectiva constitucional:

- el derecho a recibir información adecuada y tempestiva.
- el derecho a defenderse activamente.
- el derecho de influencia.

adquisición de la finca a la acreditación de la adquisición al acreedor, de forma que deberá en todo caso dirigirse la demanda frente a quien en el Registro aparezca como titular de la finca hipotecada aun cuando no se haya producido la comunicación o acreditación directa al acreedor: “ la inscripción en el Registro produce la protección del titular derivada de la publicidad registral, con efectos erga omnes, por lo que debe entenderse acreditada ante el acreedor la adquisición desde el momento en que éste conoce el contenido de la titularidad publicada, que está amparada por la presunción de exactitud registral. Esta solución resulta reforzada por lo dispuesto en el art. 538.1.3 LEC , de aplicación al proceso especial de ejecución hipotecaria ex art. 681.1 LEC , donde se reconoce la condición de parte al titular de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda, así como por lo dispuesto en el art. 132 de la Ley hipotecaria , que exige al Registrador, a la hora de realizar la calificación del título, que constate si se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y “terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento”. El criterio ha sido posteriormente seguido por la DGRN, Resolución 7 de marzo de 2014 (La Ley 43505/2013): la inscripción en el Registro produce la protección del titular derivada de la publicidad registral, con efectos erga omnes, por lo que debe entenderse acreditada ante el acreedor la adquisición desde el momento en que éste conoce el contenido de la titularidad publicada, que está amparada por la presunción de exactitud registral. Esta solución resulta reforzada por lo dispuesto en el artículo 538.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación al proceso especial de ejecución hipotecaria ex artículo 681.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde se reconoce la condición de parte al titular de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda, así como por lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, que exige al registrador, a la hora de realizar la calificación del título, que constate si se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y «terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento», y en idéntico sentido las RRDGRN 20 de marzo de 2014 (La Ley 45420/2014) y 10 de abril de 2014 (La Ley 51747/2014).

²¹² ALFARO VALVERDE, L.G. (2014), *El principio de audiencia. Evolución en el proceso civil*, Edit. Bosch, Barcelona.

El primero de ellos se constituye “en una obligación del juez, como un requisito para la completa eficacia de la tutela judicial efectiva”²¹³; el segundo “se manifiesta en la medida que el legislador diseñe la estructura de todo proceso judicial, de manera que proporcione o reconozca a las partes la oportunidad de ser oídas”²¹⁴, e incluye asimismo el derecho a la prueba; mientras que el derecho de influencia pretende que “el juez tome en consideración todas sus defensas, alegaciones y sus pruebas en el momento de la emisión de la decisión, es decir, la capacidad de influenciar en la formación de decisiones judiciales emitidas en todas las fases del procedimiento y en particular en la decisión judicial”²¹⁵.

Si bien desde el punto de vista del primero de los derechos incluidos en esta conceptualización del principio de audiencia la jurisprudencia ha insistido particularmente, configurando en eje del procedimiento de ejecución hipotecaria la diligencia de requerimiento de pago y notificación de la demanda²¹⁶, como se ha señalado en relación a la interpretación del artículo 686 de la LEC, las particularidades de limitación de la cognición y de la prueba en el procedimiento que analizamos cuestionan que podamos refrendar desde el punto de vista constitucional el pleno respeto del principio de audiencia²¹⁷.

Sostiene ADÁN DOMENECH que el derecho de defensa del deudor se halla mediatizado en la ejecución hipotecaria por tres motivos:

²¹³ ALFARO VALVERDE, L.G., *op. cit.* p. 111.

²¹⁴ ALFARO VALVERDE, L.G., *op. cit.* p. 113.

²¹⁵ ALFARO VALVERDE, *op. cit.* p. 119.

²¹⁶ La STS 114/14 de 13 de marzo (ROJ: STS 1109/2014) considera al requerimiento de pago como el acto de comunicación fundamental por el que el deudor hipotecario puede conocer el inicio del proceso de ejecución hipotecaria. La sentencia declara la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria por irregularidades en la diligencia de requerimiento de pago, entre ellas, que no se entendió con las personas establecidas en la ley, no garantizándose el conocimiento del proceso. El TC además ha recordado que “nuestra doctrina impone, con absoluta claridad, que la interdicción de la indefensión consagrada en el art. 24.1 CE implique a los órganos judiciales en el deber de velar para que quienes ostenten algún derecho o interés legítimo en un proceso de ejecución, aunque no hayan sido parte en el proceso principal, puedan comparecer y ser oídos en el mismo a fin de garantizar su defensa, sin perjuicio del pronunciamiento que pueda recaer y de la posible existencia de otras acciones que puedan corresponder a los afectados” STC 208/15 de 5 de octubre (ROJ: STC 208/2015).

²¹⁷ Para CANALS BRAGE “es un proceso se halla en el filo de la inconstitucionalidad, dado lo cerca que se encuentra la limitación de las causas de oposición del deudor de generar su «indefensión», CANALS BRAGE, F., *op. cit.*

En primer lugar, por un factor temporal, la naturaleza ejecutiva de este proceso que retrasa en el tiempo la posible defensa del deudor, hasta producido el requerimiento de pago (característica por otra parte de toda ejecución de título extrajudicial).

En segundo lugar, por una razón material, determinada en la regulación taxativa, en forma de *numerus clausus*, de los motivos de oposición que podrá utilizar el deudor y que constituye una “verdadera limitación de las posibilidades de defensa del deudor”.

Y en tercer lugar, por la restricción del material probatorio de que puede valerse el deudor en la interinidad del proceso, reduciéndose el mismo a la prueba documental²¹⁸.

La causa de justificación de esta limitación de los medios de oposición del deudor se ha querido ver en el hecho de que el procedimiento de ejecución hipotecaria no es sino el ejercicio del *ius distrahendi* contenido en el derecho real de hipoteca²¹⁹. Sin embargo, cuando el *ius distrahendi* se instrumentaliza

²¹⁸ ADÁN DOMENECH, F. *op. cit.* pp. 35-37.

²¹⁹ Recoge MANZANO LOZANO el debate del legislador de 1909 sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria: En la discusión en el Senado del Proyecto de la que sería Ley de Reforma Hipotecaria de 21 de abril de 1902, el Sr. Blanco Rajoy defendía la siguiente tesis: “Si, pues, tratándose del desahucio, del interdicto y de todos los derechos donde está preestablecido un título análogo al que puede ostentar el acreedor cuando ejercita esta acción (la acción hipotecaria), la sentencia no se dicta sin audiencia, ¿por qué vosotros condenáis al hipotecante o al ejecutado a que se le despoje de sus bienes sin esa audiencia? ¿No veis que si el desahuciado tiene derecho a la defensa, si lo tiene el interdictado, no hay razón, causa ni motivo que justifique que no lo tenga el deudor...? En síntesis, el procedimiento establecido.... niega toda audiencia al deudor, no obstante que el deudor puede hacer su oposición en principios sacratísimos de justicia...”

El Sr. Álvarez Guijarro argumentaba frente a esa tesis: “...ni el Gobierno, ni la Comisión, ni nadie en el Senado ni en el Congreso ha indicado deseos de reformar o revocar... tras artículos del Código Civil. Es uno el artículo 1858 que define y determina la esencia y naturaleza del contrato de hipoteca, y los otros los arts. 1876 del mismo Código y 1877, que establece que la hipoteca sujeta directamente, independientemente y con abstracción completa de la persona, los bienes hipotecados a la obligación que garantiza, y que el acreedor hipotecario tiene acción directa, completa y libre, prescindiendo de su deuda, de percibir el cobro de su crédito, contra los bienes del deudor...” Y “...por lo que disponen estos preceptos, se ha hecho que nazca y reconozca la necesidad de la declaración de que no son pleitos, juicios, ni contiendas de parte, ni siquiera se necesita en ellos sentencia, ni Resolución ni declaración judicial de ninguna clase, sino que no son más que la reducción a la práctica de las consecuencias en la ejecución de los derechos establecidos y la determinación de su naturaleza...”.

“En este artículo que, efectivamente, es muy largo... se establece un solo precepto, y es que tan luego como la obligación esté vencida y no satisfecha se celebre subasta judicial. Así es que cuando se nos viene diciendo si este procedimiento es bueno o es malo, nosotros contestamos: ¡Si no es procedimiento! “Que este juicio no es eficaz o ineficaz, deficiente o exagerado” ¡Si no hay juicio! “Que quedarán desamparados derechos e intereses de alguno” ¡Si no vamos a declarar nada contra nadie! “Que el deudor podrá tener mermada su defensa” ¡Si no le vamos a atacar en nada ni vamos a hacer más que cuando una hipoteca pesa sobre una finca o sobre un derecho siendo vencida la obligación y no pagada, obediendo a lo prescrito en el Código Civil y en la Ley Hipotecaria, se subaste judicialmente conforme a sus naturales consecuencias!”

a través de un procedimiento, éste ha de estar transido por el artículo 24 de la CE, constitucionalizado, por lo que la restricción de los medios de defensa del ejecutado no puede justificarse en la naturaleza civil del derecho ejecutado, sino en los mecanismos procesales para garantizar al deudor la defensa de sus pretensiones.

Dado que el TC en su auto 113/11 de 19 de julio por el que inadmitía la cuestión de inconstitucionalidad contra la actual regulación de los artículos 695, 698 y 579 de la LEC se remite en bloque a la doctrina contenida en la Sentencia 41/81 de 18 de diciembre, referida, como es sabido, al procedimiento sumario del artículo 131 de la LH, debemos volver a esta doctrina para analizar los criterios de constitucionalidad del procedimiento esgrimidos en la misma. Sin entrar en un análisis exhaustivo de la misma, no puede olvidarse que el desarrollo posterior de los acontecimientos, especialmente a través de la jurisprudencia del TJUE ha alterado la fisonomía del procedimiento de ejecución hipotecaria; y a la luz de la nueva situación expuesta debemos analizar la validez de los argumentos que refrendaron la constitucionalidad de la limitación de los medios de oposición del deudor en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

La STC 41/81 entendió que no se producía una vulneración del derecho de defensa del deudor hipotecario en el procedimiento de ejecución hipotecaria porque este procedimiento se configura como una mera realización del valor del bien hipotecado o vía de apremio, en razón de la naturaleza misma del título ejecutivo, de su extraordinaria fuerza ejecutiva, de manera que el juez únicamente debía realizar una comprobación de la subsistencia de la sujeción potencial del bien hipotecado y de la *conditio iuris* que da lugar a la realización de la hipoteca: el incumplimiento de la obligación. A partir de ahí

“...El Código Civil dio por hecho que... no cumplida la obligación, el acreedor pudiera por medio de Notario, vender en pública subasta la prenda. Pues... establecida la obligación en la escritura de constitución de hipoteca, registrada la hipoteca, no cabe pleito sobre eso... no hay que hacer más que vender judicialmente la finca, como notarialmente se vende la prenda, y eso es todo...”, MANZANO SOLANO, A. (1999), “Cancelación de asientos como consecuencia de la ejecución hipotecaria”, *Estudios de derecho judicial*, nº 23, CGPJ, Madrid, pp. 317-319.

el procedimiento limita los medios de oposición del deudor pero sin merma de su derecho de defensa por los siguientes argumentos:

- no produce el efecto de cosa juzgada y por ello el ejecutado tiene a su alcance la promoción del procedimiento de declarativo donde podrá formular los medios de oposición que en la ejecución no puede oponer.

- se trata de una oposición diferida: no se limitan las facultades de oposición sino la posibilidad de suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria por las mismas, que se ejercerán en el declarativo ulterior.

- en todo caso no se causa indefensión por la existencia de un procedimiento registral previo: la inscripción es constitutiva y garantiza el nacimiento, la subsistencia y la extinción de la obligación garantizada y de la garantía, pudiendo el deudor oponerse a su inscripción y pretender su cancelación.

Obsérvese, sin embargo, que el procedimiento del artículo 131 de la LH no producía efectos de cosa juzgada, porque no articulaba mecanismo alguno de contradicción u oposición del deudor. El artículo 132 de la LH no regulaba un procedimiento contradictorio del deudor, sino exclusivamente causas de suspensión del procedimiento de las cuales las números 3 y 4 han pasado como causa de oposición al artículo 695 de la LEC (añadiendo la extinción de la obligación garantizada pero con constancia registral o documentada en escritura pública de carta de pago), por lo que no existía una pretensión de oposición que motivara como tal una declaración judicial de la que resultara la cosa juzgada²²⁰. El panorama entendemos que es diferente. El artículo 695

²²⁰ La doctrina tradicional ha distinguido entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material. MONTERO AROCA critica dicha distinción, en tanto la llamada cosa juzgada formal no es sino el efecto de la firmeza de la sentencia, su inatacabilidad en el proceso, y no hace por ello referencia al ejercicio de la jurisdicción, que es el fundamento a juicio de este autor del instituto de la cosa juzgada, sino a los efectos ad intra de la firmeza de las resoluciones en el proceso: “La confusión entre firmeza y cosa juzgada ha llevado a sostener que las dos están preordenadas a la seguridad y la paz jurídicas, pero si se atiende bien se comprobará que la firmeza, cuando se trata de las resoluciones de ordenación del proceso, atiende principalmente a una determinada manera de conformar éste y cuando se refiere a la sentencia final responde básicamente a exigencias de la tutela judicial efectiva —que además, ha de prestarse dentro de un plazo razonable— proclamada como derecho en el artículo 24.1 de la CE, mientras que la cosa juzgada material forma parte de la esencia de la jurisdicción”, MONTERO AROCA, J. (1996), ‘Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial’, *Derecho Privado y Constitución*, nº 8, p. 266. A su juicio por tanto no existe otra cosa juzgada que la llamada cosa juzgada material que “no es una presunción de verdad, sino la fuerza que el ordenamiento jurídico otorga a la sentencia que decide el

de la LEC (como el artículo 559) establece un verdadero procedimiento de oposición en la ejecución hipotecaria, un incidente declarativo que termina por auto, aun cuando con causas de oposición tasada. No se trata por ello de meras causas de suspensión de la ejecución y se articula una vista y la práctica de prueba, aun cuando sólo documental, así como el controvertido régimen de recursos previsto in fine en el precepto.

Por otro lado, el artículo 400 de la LEC contempla el principio de preclusión en materia de cosa de juzgada al disponer en su número segundo que “los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste”.

El Tribunal Supremo ha analizado en sede de procedimiento de ejecución ordinaria de títulos extrajudiciales, la relación entre las excepciones alegables en dicho procedimiento y el juicio declarativo posterior al amparo del artículo 564 de la LEC. En su sentencia n° 462/14 de 24 de noviembre²²¹, posteriormente reiterada la doctrina por la sentencia n° 463/14 de 28 de

proceso de declaración, fuerza que se resuelve en una vinculación jurídica pública que obliga a los órganos jurisdiccionales a no decidir de nuevo lo ya resuelto. Y aquí sí que el fundamento se encuentra en la seguridad y paz jurídicas y, por lo mismo, la cosa juzgada, no es que impida a las partes iniciar un nuevo proceso, sino que impide a los órganos jurisdiccionales volver a conocer de lo que ya han decidido”, *op. cit.* p. 267.

Define GUASP la cosa juzgada material, por oposición a la llamada formal como “la inatacabilidad del resultado del proceso en cualquier otro litigio posterior: en este sentido la teoría de la pretensión procesal no hace sino repetir, con su peculiar terminología, el mismo principio definidor considerando a la cosa juzgada como la imposibilidad de que se formule un nuevo juicio, una pretensión ya decidida (aspecto negativo de la cosa juzgada), o que se decida una pretensión procesal en sentido distinto a como fue resuelto en un proceso anterior (aspecto positivo de la cosa juzgada)” porque “una pretensión que se ha ventilado ya en un proceso es una pretensión jurídicamente satisfecha y, por consiguiente, no existe la base esencial que permitiría originar un litigio nuevo. En cambio, cuando se coloca la explicación de la cosa juzgada en una simple idea de seguridad, sobre oscurecer el principio fundamental de justicia que el proceso interesa realizar, acaso en mayor medida que aquél se da una justificación de la figura que no proporciona una clave motivada del porqué ocupa un puesto tan importante en la construcción del derecho procesal, importancia que intuitivamente queda avalada y que no guarda parangón con ninguno de los otros institutos afines que garantizan también la seguridad” GUASP, J. *op. cit.*, pp. 59-60.

Aquí nos estamos refiriendo en todo caso a la llamada cosa juzgada material. Dentro de esta, se distinguen los aspectos negativo y positivo de la cosa juzgada: el aspecto negativo tiene su fundamento en la exclusión de toda decisión jurisdiccional futura entre las mismas partes y con el mismo objeto, es decir, sobre la misma pretensión. Es el tradicional principio del non bis in ídem; el aspecto positivo es el deber de ajustarse a lo juzgado cuando haya de decidirse sobre una relación jurídica de la que la sentencia anterior es condicionante o prejudicial, MONTERO AROCA, J. *Derecho jurisdiccional... op. cit.* pp. 448-449.

²²¹ ROJ: STS 4617/2014

noviembre²²², el Tribunal resuelve, al amparo de los artículos 222 y 400 de la LEC que “las circunstancias relativas al vencimiento de la obligación, y por tanto a su carácter exigible, que resulten del propio título no judicial en que se funde la ejecución, o de los documentos que deben acompañarlo, sí son oponibles en el proceso de ejecución; y segundo, que el ejecutado que, habiendo podido oponerlas, no lo hubiera hecho, no podrá promover un juicio declarativo posterior pretendiendo la ineficacia del proceso de ejecución”²²³.

La doctrina de nuestro Tribunal Supremo, como recuerda el propio texto de las sentencias comentadas, tiene su origen en la fijada en relación al juicio ejecutivo de la LEC de 1881²²⁴, y fue contestada por la doctrina al alejarse del contenido del artículo 1479 de la LEC y fijar la eficacia de la cosa juzgada pese a la limitación de cognición del juicio ejecutivo. Así MONTERO AROCA entiende que la tutela de los juicios sumarios es una tutela provisional, permitiéndose en todo caso que en un juicio ulterior declarativo se sustancie la cuestión de manera definitiva. Ello es lo que justificaría la limitación de los medios de oposición, cognición y prueba. Por ello a su juicio la doctrina del Tribunal Supremo es “profundamente errónea, sobre todo porque desnaturaliza lo que son los procesos sumarios como manifestación de la justicia provisional, pero también porque aquélla desconoce que las

²²² ROJ: STS 4972/2014

²²³ En ambos pleitos se resolvía sobre el carácter oscuro de la cláusula de vencimiento anticipado que había fundamentado la reclamación ejecutiva, entre otras causas de nulidad. Debe tenerse en cuenta que el Tribunal ha de realizar la declaración de nulidad sobre la comprensión de la discusión sobre el vencimiento anticipado en las causas de oposición del procedimiento ejecutivo, porque no era ni es doctrina pacífica en las Audiencias Provinciales la discusión sobre la validez de dicha cláusula en el procedimiento de ejecución. Pese a ello el Tribunal entiende que el ejecutado debió haber procedido a formular oposición por dicha causa, porque sólo la introducción de la misma en el procedimiento de ejecución y el rechazo por el tribunal a conocer de ella en atención a la dicción de los artículos 559 y 557 de la LEC, le permitirían con posterioridad formular un procedimiento declarativo en alegando dicho motivo de nulidad de la cláusula.

²²⁴ Recordemos que el citado juicio se iniciaba mediante despacho de ejecución en base al elenco de títulos ejecutivos que enumeraba el artículo 1429, procediéndose, tras la admisión de la demanda, a citar de remate al deudor. Este tenía un breve plazo para oponerse (tres días), oposición por las causas tasadas de oposición del artículo 1464 de la LEC o de nulidad del artículo 1467 (sin perjuicio de la oposición contra los títulos cambiarios). Si el deudor no comparecía y se oponía en forma, se declaraba su rebeldía procediéndose sin más a dictar la llamada sentencia de remate. En el caso de la oposición, se habría un incidente declarativo que terminaba asimismo con sentencia que resolvía sobre la oposición formulada. La sentencia, junto con la declaración de continuación de la ejecución, podía declarar no haber lugar al dictado de la sentencia de remate (por acoger una causa de nulidad no subsanable) o declarar la nulidad total o parcial de lo actuado y resolvía asimismo sobre las excepciones formuladas. Contra esta sentencia podía formularse recurso de apelación. El artículo 1479 declaraba que las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no producirán la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión.

limitaciones de estos procesos no se reducen a lo alegable por las partes sino que comprenden a veces los medios de prueba a proponer y siempre el plazo para practicarlos”²²⁵.

Siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo y extrayendo sus consecuencias al procedimiento de ejecución ordinaria de la LEC 1/2000 donde se dictan las sentencias comentadas, debemos concluir que producen efecto de cosa juzgada respecto del juicio declarativo ulterior las causas de oposición que fueron excepcionadas por el deudor en el seno del proceso de ejecución; pero también aquellas que pudiendo oponerse no se opusieron, en atención al principio de preclusión²²⁶.

Ninguna de estas sentencias se ha dictado en un procedimiento de ejecución hipotecaria, por lo que podemos plantearnos si es trasladable la doctrina de la eficacia de la cosa juzgada en el procedimiento declarativo ulterior del artículo 698 de la LEC de aquellas excepciones que pudieron oponerse por el deudor hipotecario en el procedimiento de ejecución hipotecaria y no se opusieron, o de las que fueron desestimadas en el citado proceso.

El apartado 4 del artículo 695 de la LEC en su redacción dada por la Ley 9/2015 de 15 de mayo dispone que fuera de los supuestos previstos en el párrafo anterior los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y *sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten*. La desafortunada redacción de la norma²²⁷ permite la duda interpretativa de si

²²⁵ MONTERO AROCA, J, *Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial... op. cit.* pp. 278-279.

²²⁶ Pese a lo cual, el artículo 561 de la LEC establece que la resolución que se dicte en el incidente de oposición a la ejecución, declarará procedente o no procedente la ejecución, o cuando se apreciare el carácter abusivo de alguna cláusula, determinará las consecuencias derivadas de tal carácter, pero en todos los casos el pronunciamiento lo es *a los solos efectos de la ejecución*.

²²⁷ La Ley 9/2015 introdujo el recurso de apelación respecto de la resolución, cualquiera que fuere su signo, del incidente de oposición a la ejecución cuando se fundamentara en la causa prevista en el número 4 del artículo 695.1 de la LEC, sin salvar las referencias a la limitación de los efectos de la resolución a la ejecución hipotecaria, que cobraba sentido si la apelación únicamente se permitía frente al auto que decretaba el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva por apreciación de oficio del juzgador. Esto es, en todo caso, si se desestimaba la oposición al deudor los efectos se limitaban a la ejecución, y éste podía volver a formular la cuestión en el juicio declarativo correspondiente. Sin embargo, al modificarse parcialmente (técnica que viene creando múltiples disfunciones en el procedimiento, por no contemplar una visión global del mismo) se crea la duda que

la limitación de tales efectos se refiere únicamente a aquellos autos respecto de los cuales no existe la posibilidad de interponer recurso de apelación, y que son los no previstos en el primer párrafo del número cuatro del precepto, es decir, aquellos cuya resolución *no sea* de sobreseimiento de la ejecución, de inaplicación de una cláusula abusiva o de desestimación de su oposición formulada con base en la causa prevista en el número 1.4 del precepto, esto es, el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. En resumen, la desestimación de la oposición por las causas 1, 2 y 3 del inciso primero del precepto²²⁸.

Conforme a esta interpretación legal, tendría efecto de cosa juzgada la desestimación de la oposición fundada en la existencia de cláusulas abusivas, impidiendo un debate ulterior promovido por el deudor en el procedimiento declarativo correspondiente; como también la estimación de la oposición, por cuanto de fundamentar la ejecución la cláusula denunciada, ello conllevaría el sobreseimiento de la misma; o en todo caso, de no fundamentarla, obligaría a declarar procedente la continuación de la ejecución *sin la aplicación de la cláusula abusiva*.

La causa de oposición del número 4 del artículo 695.1 LEC fue introducida por la Ley 1/13 de 14 de mayo a raíz de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415/11, caso Aziz)²²⁹. Recordemos que la revulsiva sentencia se

comentamos y que, como veremos, tiene notable relación con el régimen de recursos establecido en la Ley.

²²⁸ Porque todas las consecuencias derivadas de la estimación de la oposición basada en la existencia de cláusulas abusivas del artículo 695.1. 4º LEC están comprendidas en el sobreseimiento de la ejecución o en la inaplicación de la cláusula abusiva a que se refiere el precepto. Es decir, se vincula la admisibilidad del recurso de apelación al contenido de la resolución o a la desestimación de la concreta causa de oposición del número 4 del artículo 695.1. Para DÍEZ GARCÍA “sobre la resolución que ordene sobreseer o seguir adelante con la ejecución sin la aplicación de la cláusula declarada abusiva no puede existir ya ulterior discusión que se pueda plantear en un declarativo posterior, por la razón evidente de que en un proceso de esta naturaleza no puede declararse que la ejecución anterior continúe o no, ni cómo o por cuánto continúe”, DÍEZ GARCÍA, H. (2014): *Igualdad de armas y tutela judicial efectiva en el artículo 695.4 LEC tras el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre: crónica de una reforma legislativa anunciada (de los AATC 70/2014, 71/2014, 111/2014, 112/2014 y 113/2014 a la STJUE de 17 de julio de 2014)*, en *Derecho Privado y Constitución* nº 28, pp.236.

²²⁹ La doctrina ha cuestionado la oportunidad de introducir la causa de oposición por la existencia de cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria, en lugar de atender a un mecanismo de interrelación del procedimiento de ejecución hipotecaria con el declarativo ulterior, permitiéndose la suspensión por prejudicialidad del procedimiento de ejecución hipotecaria en el momento en que el consumidor formulara el declarativo correspondiente promoviendo la nulidad de algunas cláusulas del

dicta en resolución de una cuestión prejudicial promovida por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, en el procedimiento declarativo posterior a la ejecución hipotecaria en la que el demandante, Sr. Aziz, soportó la subasta y adjudicación de su vivienda habitual sobre la que había constituido una hipoteca en garantía de un préstamo. El procedimiento del que conocía el Juzgado de lo Mercantil se refería a la existencia de una serie de cláusulas abusivas que habían tenido incidencia en la cantidad objeto del despacho de la ejecución y posterior adjudicación de la vivienda, entre ellas la cláusula de vencimiento anticipado, la cláusula sobre intereses de demora del 18% y la cláusula de liquidación unilateral del saldo deudor por la entidad crediticia. El juzgado, además de preguntar al Tribunal europeo sobre la adecuación de estas tres cláusulas a la Directiva 93/13/CEE, formula con carácter general la siguiente cuestión: “Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de

contrato por su carácter abusivo. Aun conociendo que con ello se hubiera dado respuesta a las objeciones al procedimiento de ejecución hipotecaria español que formula la sentencia europea, los citados autores suelen a su vez resaltar que hubiere sido preciso instrumentar a su vez un mecanismo para evitar la suspensión abusiva de los procedimientos de ejecución hipotecaria por el deudor. Así CARRASCO PERERA para quien “no existe ninguna objeción fundamental para optar por la solución inversa, ni conculca la doctrina de la sentencia europea que el procedimiento de ejecución hipotecario siguiera blindado frente a las oposiciones de parte – siempre que se dejara abierta la posibilidad de una paralización cautelar producida fuera del proceso de ejecución (j)- pero susceptible de un control eventual tomado por iniciativa del juez de la ejecución. Se garantizaría así que el proceso no iba a ser interrumpido por oposiciones temerarias si al juez le constara prima facie que el título hipotecario no contenía defectos. Pero la propuesta no tiene sentido práctico y rápidamente entraría en conflicto con las exigencias ordinarias del principio de tutela judicial efectiva”, CARRASCO PERERA, A. (2013), “La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, p. 60. Para GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA “Hay que ser precavidos a este respecto, porque la continua exposición a una paralización o suspensión del procedimiento ejecutivo puede volverse en contra de la efectividad de la garantía, teniendo como efecto rebote, la concesión de menos hipotecas, y la disminución del crédito territorial”, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013), El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados cuando existen cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario que lo originó; consecuencias de la STJUE, de 14 de marzo de 2013, y de la Ley 1/13 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, restructuración de deuda y alquiler social”. *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 738, p. 2672.

acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos”.

El Tribunal analiza el procedimiento de ejecución hipotecaria y su relación con el juicio declarativo ulterior previsto en el artículo 698 de la LEC, para concluir que “la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final”.

Mucho se ha escrito sobre la trascendencia de esta sentencia en nuestro procedimiento hipotecario (que ha venido además seguida de muchas otras que alteran notoriamente el régimen inicialmente previsto por el legislador), pero baste en este momento volver a recordar que tuvo la rápida respuesta legal de la introducción de la facultad de control de oficio en la ejecución de la existencia de cláusulas abusivas con la modificación del artículo 552 de la LEC, y que tanto en sede de ejecución ordinaria como en sede de ejecución hipotecaria, permitió al deudor la oposición por la existencia de cláusulas abusivas, con la reforma de los artículos 557 y 695 de la LEC respectivamente, sin perjuicio de la regulación transitoria que contemplaba para los procedimientos en trámite al momento de la entrada en vigor de la ley.

Esto es, y al margen del control de oficio por el juzgador sobre el que volveremos en este trabajo, se permite al deudor (consumidor) que alegue la existencia de cláusulas abusivas en el título que se ejecuta, debiendo por ello entenderse tanto en el crédito garantizado como en la escritura de

constitución de la hipoteca, con el único límite de que la cláusula indicada constituya el fundamento de la ejecución o haya determinado la cantidad exigible²³⁰. Por tanto, puede el deudor hipotecario consumidor, al margen del examen de oficio por el juzgador, promover en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria la nulidad por su abusividad de cláusulas como la de vencimiento anticipado, la cláusula suelo, los intereses moratorios, etc., cláusulas todas que determinan sin duda el importe de la ejecución despachada.

La resolución que se dicte en el procedimiento de ejecución hipotecaria (en cuanto a la abusividad, en cuanto a la condición de consumidor del ejecutado, en cuanto a la condición de condición general de la contratación, en cuanto a la falta de transparencia) conforme a la interpretación del inciso final del artículo 695 de la LEC que venimos analizando, deberá surtir el efecto de la cosa juzgada en el declarativo ulterior que fuera promovido, por lo que no podrá promoverse procedimiento ulterior declarativo cuando, en primer lugar, se hubiere alegado la existencia de una cláusula abusiva en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria; pero también, cuando habiéndose podido alegar por el ejecutado consumidor, éste no lo hubiere verificado en el trámite de oposición a la ejecución, en atención al principio de preclusión del artículo 400 de la LEC.

En este sentido se ha pronunciado la Sentencia de la Sección 15 de la AP de Barcelona, sentencia nº 407/14 de 15 de diciembre de 2014²³¹, con cita expresa en la STS de 24 de noviembre de 2014, argumentando asimismo que el artículo 698 de la LEC sólo permite reservar al declarativo ulterior aquellas

²³⁰ El auto de la Sección 3 de la AP de Castellón de 28 de julio de 2016 (ROJ: AAP CS 192/2016) explica que “en un proceso declarativo puede solicitarse la declaración de nulidad de las cláusulas del contrato que el demandante considere abusivas y no existe inconveniente alguno en que el tribunal declare su nulidad, con independencia de que hayan o no sido aplicadas por la entidad con la que contrata el consumidor; así lo ha hecho esta Sala en la Sentencia núm. 137 de 18 de mayo de 2015 .

Pero en el proceso de ejecución, sea la ordinaria, sea la hipotecaria, no puede prescindirse de la incidencia en la ejecución de la cláusula cuya nulidad se pretende. No en balde los art. 557.1.7 y 695.1.4 LEC prevén la oposición basada en el carácter abusivo de alguna cláusula y el segundo de los citados supedita su viabilidad a que la misma funde la ejecución.”

²³¹ ROJ SAP B 14543/2014

reclamaciones *que no se hallen comprendida en los artículos anteriores*²³². Criterio, sin embargo, no compartido por la Sentencia de la Sección 8 de la AP de Alicante, de 23 de junio de 2016²³³, que razona:

“No compartimos el criterio extensivo, acogido en la resolución recurrida, de vinculación entre el procedimiento de ejecución hipotecaria previo y el ordinario posterior, en el que nos encontramos, en el sentido de que la ahora demandante debería haber formulado oposición en aquel procedimiento, aún transcurrido el plazo del mes legalmente previsto y, dado que no lo hizo, esa pasividad sea suficiente para afirmar que existe cosa juzgada. En lugar de plantear la oposición, en un plazo y en unas condiciones inciertas, ha optado por plantear la cuestión mediante el presente juicio ordinario, lo que consideramos aceptable.

Estimamos, pues, que, en atención a las circunstancias de hecho concurrentes en el caso que nos ocupa, no existe cosa juzgada y el Tribunal puede entrar a valorar el carácter abusivo de las cláusulas

²³² El mismo criterio es compartido por la Sección 9 de la AP de Valencia en resoluciones, entre otras, de 18 de julio de 2016 (ROJ: SAP V 2812/2016) y 19 de julio de 2016 (ROJ: SAP V 2956/2016); por la Sección 5 de la AP de Barcelona, Sentencia de 20 de julio de 2016 (ROJ: SAP B 1227/2016); la Sección 1 de la AP de Ávila en su Sentencia de 11 de marzo de 2016 (ROJ: SAP AV 262/2016 sigue el mismo criterio); o la Sección 1 de la AP de Salamanca, Sentencia 23 de febrero de 2016 (ROJ: SAP S 72/2016); criterio también de la Sección 4 de la AP de Asturias en Sentencia de 3 de febrero de 2016 (ROJ: SAP O 172/2016).

²³³ ROJ: SAP A 1955/2016. Debemos, sin embargo, contextualizar la sentencia: el procedimiento de ejecución hipotecaria se inicia antes de la Ley 1/13 de 14 de mayo, cuando no es posible al deudor oponer la existencia de cláusulas abusiva, y el juzgado analiza la posibilidad legal del incidente extraordinario oposición a la ejecución que estableció la citada norma en su disposición transitoria cuarta. Este es el argumento igualmente que sostiene la Sentencia de la Sección 5 de la AP de Zaragoza de 4 de mayo de 2016 (ROJ: SAP Z 1030/2016) valorando la limitación de la oposición del deudor por ser el procedimiento de ejecución hipotecaria previo a la Ley 1/13 de 14 de mayo. La Sección 28 de la AP de Madrid en su Sentencia de 4 de marzo de 2016 pone el acento en la redacción del precepto anterior a la actual, introducida por la Ley 9/2015 de 15 de mayo, aunque a nuestro juicio, pesa también en la resolución el hecho de que la oposición del deudor debería haberse instrumentado a través del recurso extraordinario de oposición establecido por la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, que recordemos, no sólo fue cuestionado por su plazo, sino especialmente por la falta de notificación al deudor del inicio del cómputo de dicho plazo. La STJUE de 29 de octubre de 2015 (C-8/14) declaró que se opone al Directiva 93/13/CE la citada disposición en cuanto no contempla la notificación individualizada al deudor, comenzando el cómputo del plazo de forma generalizada en todos los procedimientos desde la publicación de la Ley. Por otra parte la STS de 11 de febrero de 2015 (ROJ: STS 278/2015) desestima que la nulidad de la cláusula de redondeo que se instaba en el procedimiento declarativo no pudiera ser debatida en el mismo por no haberse alegado ello en el procedimiento de ejecución sumario del artículo 131 de la LH promovido entre las partes con anterioridad. El carácter “rigorista” y “con causas de oposición tasadas recogidas en el artículo 132 LH” fundamentan el rechazo de la cuestión que no se denomina expresamente excepción de cosa juzgada.

controvertidas, insertas en la escritura de préstamo hipotecario, que, en el recurso de apelación, se circunscriben a dos: la del interés de demora y la del vencimiento anticipado.

Criterio éste compartido, con razonamientos adicionales, por la SAP Murcia, de 25 de febrero del 2016 (Ponente, Ilmo. Sr. Fuentes Devesa), tales como: i) "es discutible si es trasladable a la relación entre el previo proceso de ejecución singular hipotecario y el declarativo ulterior la doctrina jurisprudencial consagrada en la STS de 24 de noviembre de 2014 en las relaciones entre los procedimientos de ejecución singular generales y los declarativos posteriores, atendida la limitación de medios probatorios que prevé el art 695. 2 LEC, que solo contempla la prueba documental"; ii) "no es pacífico si la cosa juzgada en los términos definidos en la LEC constituye obstáculo para apreciar la abusividad de cláusulas, ya que la apreciación de oficio de la nulidad de cláusulas abusivas es imperativa. Así la STJUE de 26 octubre 2006 (asunto C-168/05, caso Mostaza Claro) reiterada en la STJUE de 4 de junio de 2009, Pannon que no solo faculta al juez sino que le impone el deber de intervenir".

MONTERO AROCA sigue sosteniendo para la totalidad del incidente de oposición a la ejecución, y por ello también de la oposición a la ejecución hipotecaria, la falta de producción de cosa juzgada de las excepciones, tanto las alegadas como las que pudieron alegarse, en el procedimiento declarativo ulterior. Ello por consecuencia del carácter sumario del citado incidente, sumariedad que no sólo se predica de la limitación de la cognición judicial, sino de los medios de prueba de los que puede valerse el ejecutado, e incluso del plazo perentorio de dicha prueba, de forma que la causa de oposición puede resultar no acreditada por la limitación de la prueba o de su práctica, debiendo por ello permitirse la discusión en el procedimiento declarativo ulterior²³⁴. Incluso cuando se trate de la oposición por causa de la existencia

²³⁴ Recuértese que para el autor comentado la justificación de esta limitación reside en la urgencia o provisionalidad de la tutela de los llamados procesos sumarios (en puridad, y para la ejecución, el incidente de oposición, porque la sumariedad sólo puede predicarse de la declaración y no de los actos

de cláusulas abusivas entiende el autor citado que “se tratará de una decisión sumaria, sobre la que cabrá debatir en un proceso plenario posterior”²³⁵.

Ciertamente la introducción del incidente de oposición por cláusulas abusivas en el seno del procedimiento de ejecución, y en especial, de ejecución hipotecaria, ha venido a trastocar el completo diseño del procedimiento que analizamos, porque supone introducir un incidente de carácter netamente declarativo en el seno del procedimiento, que debe resolver no sólo sobre el carácter abusivo de la cláusula cuestionada, sino sobre la caracterización del contrato como de adhesión y la condición de consumidor del ejecutado, y sobre el que además se ha admitido, por obra del Real Decreto Ley 11/2014 de 5 de septiembre, como consecuencia de la STJUE de 17 de julio de 2014 (asunto C-169/14), recurso de apelación cualquiera que sea el signo de la resolución para ambos litigantes²³⁶.

Debemos plantearnos qué sentido tiene seguir considerando el incidente de oposición a la ejecución como incidente sumario, que no produce efecto de fuerza juzgada, cuando en el mismo, y únicamente en razón de ser el ejecutado consumidor, se permite la discusión de la legalidad del título ejecutado; y no sólo se permite ello, sino que se admite la doble instancia, al declarar el TJUE en su citada sentencia de 17 de julio de 2017 que la privación al ejecutado del recurso de apelación cuando se desestimaba su oposición fundada en la cláusula 4 del artículo 695.1 que comentamos, pone en peligro

de ejecución), de forma que es el legislador quien decide las causas que pueden ser debatidas en el proceso de ejecución como causas de oposición y cuáles de ellas han de reservarse a un momento ulterior. Y para ello priva a los incidentes de oposición a la ejecución (a los procesos sumarios) de la fuerza de la cosa juzgada material. En puridad únicamente a la tutela material u oposición de fondo, en tanto la tutela procesal (las causas de oposición por motivos procesales, el incidente de nulidad de actuaciones por razones de índole procesal) no pueden ser discutidas en el juicio declarativo ulterior, porque a ellas sí se extiende la preclusión de alegación en el procedimiento de ejecución.

²³⁵ MONTERO AROCA, J. (2013), *Tratados de procesos de ejecución civil, Tomo I, 2ª Edición*, Tirant lo Blanch, p. 1098. Reconoce, no obstante, la mayor complejidad de la cuestión sobre el carácter sumario del incidente provocado por esta causa de oposición.

²³⁶ Para CORDÓN MORENO “con la introducción de esta nueva causa de oposición, y del incidente contradictorio para discutirla, se ha alterado profundamente la configuración tradicional de este proceso especial de ejecución: el encaje de tal causa en el tradicional proceso de ejecución hipotecaria, y de la contradicción a la que se somete, comporta determinadas exigencias; entre ellas la admisibilidad del recurso de apelación a ambas partes”, CORDÓN MORENO, F. (2014), “Dos cuestiones sobre la reforma del artículo 695.4 LEC por el Real Decreto Ley 11/2014: su conformidad o no con la doctrina constitucional sobre el derecho a los recursos de inconstitucionalidad de su régimen transitorio”, *Revista Cesco de Derecho de consumo*, n° 11, p. 189.

los objetivos perseguidos por la Directiva 93/13/CEE, acentuando la situación de desigualdad de ambas partes en el citado procedimiento²³⁷. La sumariedad que justifica la ausencia de cosa juzgada, por la rapidez del procedimiento y la completa cognición diferida al procedimiento ordinario ulterior, parece que no se encuentra en la regulación actual del incidente, al menos en lo referido a la oposición por la existencia de cláusulas abusivas en el contrato objeto de ejecución.

Quedaría por analizar si la ausencia de efecto de cosa juzgada de la resolución del incidente de oposición, se justifica por la limitación de los

²³⁷ En el párrafo 49 de su Sentencia el TJUE declara que “constituye jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el principio de igualdad de armas, lo mismo que, en particular, el de contradicción, no es sino el corolario del concepto mismo de proceso justo, que implica la obligación de ofrecer a cada una de las partes una oportunidad razonable de formular sus pretensiones en condiciones que no la coloquen en una situación de manifiesta desventaja en relación con la parte contraria (sentencia *Suède y otros/API y Comisión* C-514/07 P, C-528/07 P y C-532/07 P, EU:C:2010:541, apartado 88)”, y concluye que la falta de recurso de apelación al ejecutado consumidor frente a la desestimación de su oposición fundada en la existencia de cláusulas abusivas, se opone al artículo 7 de la Directiva 93/13/CE en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El mencionado precepto de la Carta regula el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que el TJUE en la sentencia que analizamos entiende vulnerado en el ámbito de la Directiva con el reconocimiento sólo a una de las partes del recurso de apelación en atención al signo de la resolución del incidente de oposición. Conviene recordar que precedieron a la sentencia del TJUE hasta 5 autos del TC inadmitiendo sendas cuestiones de inconstitucionalidad que formulaba el Juzgado de Primera Instancia Número 7 de Avilés, los autos 70/14 y 71/14 de 10 de marzo y los autos 111/14, 112/14 y 113/14 de 8 de abril. El Juzgado promovente de las cuestiones antes de resolver sobre el incidente de oposición a la ejecución, y sin expresar el signo de la resolución de la misma, planteaba al TC si la posibilidad legal de apelación concedida únicamente al ejecutante en los casos previstos en el artículo 695.4 LEC podría suponer una vulneración del contenido de los artículos 14 y 24 de la CE. Para el TC las cuestiones no superaron los filtros de relevancia y aplicabilidad porque, como se ha dicho, el Juzgado no expresaba cuál sería el signo de su resolución, para valorar si dicho auto sería o no susceptible de recurso de apelación, como tampoco constaba la voluntad de recurrir de las partes. Para DÍEZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 223 Sin embargo, si el lector atiende a la fundamentación de los AATC 70/2014, 71/2014, 111/2014, 112/2014 y 113/2014, “se podrá colegir que en la mente de nuestro máximo intérprete constitucional existía una cierta predisposición, cualquiera que fuera la argumentación o cualquiera que fuera el momento procesal elegido, a inadmitir cualquier cuestión de inconstitucionalidad que se pudiera promover en materia de ejecución hipotecaria o, más concretamente, sobre la oposición a la ejecución hipotecaria, pues siempre sobre su decisión iba a pender su tradicional doctrina construida sobre el procedimiento judicial sumario a partir de la STC 41/1981, más tarde extendida al procedimiento regulado en los arts. 681 y ss. LEC por el ATC 113/2011; doctrina básicamente sustentada en la consideración de que al ejecutado no se le causa indefensión alguna porque los derechos e intereses que no puede hacer valer en el ejecutivo siempre los puede defender en el juicio declarativo que corresponda”.

El TJUE vuelve a valorar el régimen de los recursos frente al auto resolutorio de la oposición a la ejecución fundada en el número 4 del artículo 695.1 en su Auto de 16 de julio de 2015 (asunto C-539/14), donde la Audiencia Provincial de Castellón que promovió la cuestión prejudicial que dio lugar a la STJUE de 17 de julio de 2014, y en el mismo asunto, pregunta al TJUE si la reforma del régimen de recursos del artículo 695.4 introducida precisamente a raíz de dicha sentencia, no sería también contraria a la Directiva, al no permitir al consumidor, a diferencia del profesional, sino el recurso frente a la desestimación de su oposición basada en la existencia de cláusulas abusivas, pero no en otras causas de oposición. El TJUE se funda en el limitado alcance de la Directiva 93/13/CEE a las cláusulas abusivas, no considerando asimismo que el régimen expuesto vulnera el derecho a la vivienda del artículo 37 del Carta, por no consagrar el mismo sino un régimen de ayudas públicas a su obtención.

medios de prueba concedidos al ejecutado, de forma que la causa de oposición puede no resultar probada por la imposibilidad de prueba en forma y tiempo en el incidente de oposición, y a ello vendría indicado el procedimiento declarativo ulterior.

El artículo 695.2 de la LEC sólo permite la práctica de prueba documental y sólo de los documentos que se presenten al Tribunal en el mismo momento de la vista donde se sustancia dicha oposición. No parece, sin embargo, que la exigencia de aportación por las partes de la documental no permita una interpretación flexible que admita la colaboración judicial en la obtención de los documentos, e incluso el requerimiento de aportación de documentos entre partes o por tercero²³⁸. Por otro lado, no existe más plazo para la práctica de la prueba que el derivado de la agenda de señalamiento del juzgado, por cuanto los documentos han de ser presentados en todo caso en el acto de la comparecencia (no limitándose los documentos que presente el deudor en el acto). Sí existe una limitación de los medios de prueba que, de otro lado, no parece que justificara la privación de los efectos de la cosa juzgada de la resolución de fondo, dada las causas de oposición que se ventilan en el incidente. Es evidente que las previstas en los números 1 y 2 del artículo 695.1 sólo documentalmente pueden ser probadas. En relación a la causa del número 4 deberemos reconocer que la eficacia práctica de otra prueba que no sea documental es escasa.

Es por ello que la ausencia del efecto de la cosa juzgada que tradicionalmente se atribuye a la resolución que finaliza el incidente de oposición a la ejecución, como explicaba CARRASCO PERERA sólo parecía fundamentarse en la ausencia de recurso de apelación contra dicha resolución, justificación que quiebra con claridad respecto de la causa de oposición referida a la existencia de cláusulas abusivas.

Si retomamos la jurisprudencia constitucional sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria, el segundo argumento utilizado por nuestro TC para

²³⁸ Obsérvese el contenido del artículo 393 de la LEC en relación a la celebración de las vistas incidentales que no tengan fijadas una tramitación especial y la remisión que se contiene en dicho precepto a las normas del juicio verbal.

sostener la plena adecuación del procedimiento al Texto Fundamental era precisamente la limitación de las facultades de cognición en el proceso de ejecución por existir una cognición diferida, al momento del procedimiento declarativo ulterior. En su Sentencia 41/81 el TC decía: “la ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud”.

Puesto en relación el argumento del TC justificativo de la constitucionalidad del procedimiento con la doctrina ya expuesta del TS sobre la cosa juzgada en los procedimientos de ejecución y sobre todo con la aplicación del principio de la preclusión del artículo 400 de la LEC, resurgen importantes dudas sobre el fundamento de la limitación de los medios de defensa del deudor referidos al cumplimiento de la obligación garantizada con la hipoteca: el deudor puede discutir la existencia de cláusulas abusivas en el crédito hipotecario, pero no puede discutir el pago que no se halle documentado en escritura pública de carta de pago²³⁹. La sumariedad sólo se

²³⁹ En algunos supuestos la cuestión se torna gravemente contraria a la lógica procesal, cuando se quiere a toda costa salvar la validez de la ejecución hipotecaria pese a la constatación de la existencia de cláusulas abusivas habiendo motivos para acordar el sobreseimiento del procedimiento. Así por ejemplo, la tesis sostenida de la Audiencia Provincial de Sevilla respecto del obligatorio recálculo por el acreedor ejecutante de la cantidad exigible cuando se aprecia la nulidad por falta de transparencia de la cláusula suelo (obviando, además, los exigibles requisitos de liquidez de la deuda: documento fehaciente notarial y *previa* notificación al deudor y al fiador, en su caso, del saldo deudor). La Sección 5 de la AP de Sevilla en auto de 6 de julio de 2016 (ROJ: AAP SE 172/2016), mezclando en la resolución los efectos de la llamada retroactividad de la cláusula suelo con los derivados de la estimación de una cláusula abusiva en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria dispuestos por el número 3 del artículo 695 de la LEC, tras confirmar la falta de transparencia de la cláusula suelo contenida en el contrato, resuelve: “ordenar al Juzgado que siga adelante la ejecución despachada, previo recálculo de la cantidad por la que ha de seguirse, teniendo en cuenta el ya efectuado, en su día, en lo relativo a los intereses moratorios, y la deducción que ha de efectuarse de las cantidades que pudieran resultar de la aplicación de la cláusula suelo, que se declara nula, teniendo en cuenta para ello la doctrina de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2.015 , que estableció que, " cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 16 de julio de 2.014 y la de 24 de marzo de 2015 , se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula, a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 ". O sin duda, el relevante pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre las consecuencias de la nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado en los procedimientos de ejecución hipotecaria, pronunciamiento además que no se refería al caso enjuiciado, donde se conocía de una acción colectiva promovida por asociaciones de consumidores y usuarios. Tras declarar la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado analizada, dice el Alto Tribunal: “conforme a la jurisprudencia del TJUE, el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real

está predicando de ciertos aspectos de la obligación garantizada, y particularmente, de ciertos deudores hipotecarios, que no se hallan protegidos por el manto de la Directiva 93/13/CEE, y deberán sufrir las consecuencias de la ejecución en su integridad hasta poder promover el procedimiento declarativo del artículo 698 de la LEC.

El último argumento que esgrime el TC para sostener la constitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria es la existencia

entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato; si bien dicha posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización. Y eso es lo que, a nuestro criterio, como tribunal nacional superior en el orden civil (art. 123.1 CE), sucedería si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por razón de la levedad del incumplimiento previsto para su aplicación, cerrara el acceso al proceso de ejecución hipotecaria incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado; ya que no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor.

Así, ha de tomarse en consideración la posibilidad prevista en el art. 693.3 LEC , al reconocer que en los casos en que se reclame por causa del vencimiento anticipado la totalidad de la deuda, el acreedor puede solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de lo adeudado, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte; y tratándose de vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades antes reseñadas. Aún más, en beneficio del deudor hipotecario, y según el mismo art. 693 LEC , éste no tendrá limitada la posibilidad de liberar el bien en varias ocasiones siempre que medien al menos tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuado por el acreedor. Estamos, pues, ante un remedio enervatorio de la ejecución que permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado con la consiguiente rehabilitación del contrato y, por ende, del crédito hipotecario.

Asimismo, la legislación otorga al deudor hipotecario otras ventajas específicas en vía ejecutiva, tales como la prevista en el art. 579 LEC en relación con las posibilidades liberatorias de la responsabilidad del deudor para el caso de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada cuando el remate fuera insuficiente para lograr la satisfacción completa; o la contenida en el art. 682-2-1ª LEC , al establecer que el valor de tasación a efectos de la subasta no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo.

Especialidades previstas a favor del deudor hipotecario cuando la ejecución se conduce por la vía del procedimiento específico de los arts. 681 y siguientes LEC, que no resultarían aplicables en el juicio declarativo.

7.- De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo anteriores a la Ley 1/2013, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato, en los términos expresados.”.

En ambos supuestos, el deudor hipotecario consumidor no podrá volver a promover cuestión sobre los efectos de la declaración de la abusividad de ambas cláusulas, soportando la ejecución, bien por cantidad *recalculada* sin tomar en consideración por ejemplo, otra retroactividad de la cláusula que la indicada por la resolución comentada; bien soportando la ejecución por la totalidad del importe del crédito, pese a la no fundamentarse en causa contractual válida, y sin espacio legal para discutir la causa legal de resolución del contrato.

de un procedimiento registral que ampara el nacimiento e inscripción de la hipoteca, y que permite además, la cancelación de la misma por las partes. Para el TC

“el constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa, ya que tal posición deriva de un negocio jurídico. La hipoteca voluntaria, dice el art. 145 de la Ley Hipotecaria, se constituye en escritura pública, con la especial garantía que ello trae consigo, y se inscribe en el Registro, con una inscripción que tiene valor constitutivo. El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral, que permite al deudor oponerse a la inscripción o instar la cancelación de la hipoteca cuando concurran los requisitos para ello. Así, la favorecida posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la Ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título”.

Si observamos el argumento de la sentencia y que el TC considera de aplicación al actual procedimiento de ejecución hipotecaria de la Ley 1/2000, vemos que se produce una transmutación entre la garantía y la obligación garantizada. Lo que es objeto de inscripción constitutiva no es el crédito garantizado, sino la garantía real inmobiliaria. La publicidad registral que hemos estudiado de la hipoteca se dirige a la protección de la apariencia, a la protección del tercero que confía en la misma, para el supuesto de la ejecución de la garantía; pero nada añade al crédito, salvo la cualificación del mismo como crédito hipotecario que le privilegia en el tráfico y en su propio valor. Por ello el procedimiento registral amparará la vigencia de la garantía inmobiliaria, pero no puede por sí mismo justificar la limitación de los medios

de oposición que se refieran a la subsistencia de la obligación personal garantizada²⁴⁰. Vuelve por ello el TC a incidir en el carácter hipotecarista de la ejecución hipotecaria en detrimento de su carácter procesalista que la misma Exposición de Motivos de la ley 1/2000 refiere. Constituyendo en elemento esencial de la ejecución lo que es lo accesorio: la hipoteca. Para MIRA ROS “por inercia de la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque configure la ejecución de la obligación hipotecaria como un juicio ejecutivo sin más particularidades que las derivadas de la hipoteca, al regular las causas de oposición a la ejecución incurre, sin embargo, en una grave contradicción, al regular el número de excepciones: la de restar, en lugar de sumar -que hubiera sido lo lógico-. La nueva normativa sobre ejecución judicial, cuando hay hipoteca o prenda, en lugar de sumar a las causas generales de oposición por inexistencia o extinción de la deuda las derivadas de algún defecto de la garantía, paradójicamente, pese a la accesoriedad de la garantía a la deuda, restringe las excepciones oponibles afectantes a la deuda”²⁴¹. Crítica que también observamos en DÍEZ GARCÍA para quien “se obvia la verdadera naturaleza de la hipoteca como derecho accesorio, pretendiéndose que, en verdad, sea más bien el crédito accesorio de la garantía, y no al revés, o que exista, más bien, una inescindible unidad entre crédito e hipoteca inscrita”²⁴². O que fundamentan la duda de

²⁴⁰ Quiere ello decir que el procedimiento registral referido no va a contemplar las vicisitudes de la obligación garantizada. En palabras de DÍEZ GARCÍA “El proceso de ejecución hipotecaria, como se vio, fue concebido como una vía de apremio en la que no había de existir o en la que había que restringir toda posibilidad de contradicción y de suspensión. En el fondo, lo que en verdad subyacía en esta concepción es que este tipo de procedimiento había de ser solo una vía para realizar la garantía a semejanza de la que era prevista en el art. 1872 CC. En esa medida, la intervención judicial había de limitarse a proceder a la enajenación forzosa; sin juicio, sin pleito, sin procedimiento. Desde esta concreta óptica, la ejecución extrajudicial de la hipoteca por la vía que marca el art. 129 LH no resulta contraria al art. 117 CE, pues el notario, en este procedimiento, no ejerce una función jurisdiccional propiamente dicha. Pero este modelo procesal de ejecución en el que no existía enjuiciamiento, sino solo vía de apremio, únicamente era posible a partir de una equiparación ideal absoluta entre escritura y sentencia. Por eso mismo también, el control del juez no se había de referir, teóricamente, a la relación jurídica material subyacente, sino solo a los presupuestos procesales propios del procedimiento, como la regularidad de tipo formal del título ejecutivo”, DÍEZ GARCÍA, H. *op. cit.* pp. 256- 257.

²⁴¹ Para esta autora “no cabe acudir a las categorías del Derecho privado y menos a la noción civilista del “*ius vendendi*” para explicar la venta forzosa judicial, pues no se trata de un negocio jurídico que otorgue el propietario ni el acreedor ni que se asiente en ninguna voluntad, sino de un acto de imperio del poder público, un acto jurisdiccional, integrado dentro del proceso como dispositivo de apremio alternativo al embargo, en virtud de una traba preconstituida pero especial, por su carácter preferente y excluyente, que viene así a acelerar, a la vez que a asegurar, la vía de apremio.”, MIRA ROS, C., *op. cit.*

²⁴² DÍEZ GARCÍA, H., *op. cit.* pp. 257-258.

constitucionalidad planteada por MONTERO AROCA al darse mayor fuerza ejecutiva al título ejecutivo escritura pública que a la sentencia judicial²⁴³.

3.4.4. El carácter registral del procedimiento

El artículo 130 de la LH dispone que *el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo*. Es evidente, por tanto, la pretensión del legislador de hacer concordar el procedimiento de ejecución hipotecaria con el contenido registral de la hipoteca, de forma que estaría vedada la promoción de un procedimiento de ejecución hipotecaria si la hipoteca no ha accedido al Registro de la Propiedad, como es asimismo causa de archivo por el Letrado de la Administración de Justicia, si de la certificación registral del artículo 688.3 de la LEC, resulte que la *hipoteca en que el ejecutante funda su reclamación* no existe o ha sido cancelada. Pero asimismo es mandato legal que el contenido de la ejecución se ajuste al contenido del asiento de la hipoteca, por lo que sólo puede ser objeto de ejecución hipotecaria lo que ha accedido al Registro (véase, por ejemplo, la cláusula de vencimiento anticipado que debe constar inscrita en el asiento respectivo para reclamarse la totalidad de lo adeudado por el impago parcial de la obligación).

Un sector de la doctrina critica esta vinculación legal del procedimiento de ejecución hipotecaria al contenido del asiento de inscripción de la hipoteca²⁴⁴. Para Mira Ros se trata de un anacronismo que genera confusión, partiendo de que el contenido de la pretensión de la ejecución hipotecaria es la obligación incumplida y de que el título ejecutivo del artículo 517 de la LEC

²⁴³ MONTERO AROCA, J. *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria...op. cit.* p. 275.

²⁴⁴ CANALS BRAGE, *op. cit.*, ha apreciado una *simbiosis* legal entre el crédito y la hipoteca provocada por la publicidad del crédito en el asiento de la hipoteca y reflejada en el contenido del artículo 130 de la LH que comentamos.

no incluye ni la necesidad de la inscripción ni el contenido del asiento²⁴⁵. Otro, en cambio, extrema la vinculación legal hasta el punto de relativizar el carácter procesal del procedimiento de ejecución hipotecario. Para GÓMEZ GÁLLIGO se trata de la acción registral por excelencia “aunque se pierda la denominación de procedimiento judicial sumario, y se configure en la LEC como una modalidad específica del proceso de ejecución”, carácter de acción registral que se recoge en el citado artículo 130 de la LH²⁴⁶.

La trascendencia de la inscripción en el nacimiento y desenvolvimiento de la hipoteca, pero también, y sobre todo, en su ejecución, se señala por el TC como uno de los argumentos en defensa de la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH²⁴⁷, argumentos asumidos idénticamente al analizar, como hemos visto, la regulación actual del procedimiento de ejecución hipotecaria²⁴⁸.

²⁴⁵ “resulta un anacronismo y era ya una norma retardataria la redacción dada por una de la disposiciones adicionales de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el año 2000, al artículo 130 de la Ley Hipotecaria, por la incongruencia de exigir, en el mismo texto legal en que se decreta la supresión del antiguo procedimiento judicial sumario, que la pretensión procesal -dirigida al cobro de la deuda reclamada por vía ejecutiva- continúe ajustándose al contenido del asiento de la hipoteca y no al título de la obligación. La reciente reforma hipotecaria del año 2007, con otro desacertado retoque al art. 130 LH, ha insistido en este sentido, al limitar el contenido reclamable de la obligación garantizada a los extremos derivados del título que figuran en el asiento de hipoteca. Ello ha traído como consecuencia que, tras la constante presión de la banca, se llegue a la componenda -ahora prevista en el art. 12 LH - de volcar en la inscripción todas las cláusulas no inscribibles de carácter financiero y contenido puramente obligacional del título, incluidas las cláusulas de vencimiento anticipado, a efectos de mera noticia, sin trascendencia jurídico-real ni oponibilidad frente a terceros y fuera del alcance de la calificación registral (art. 18 LH.), lo que ha supuesto una confusión ya superlativa”, MIRA ROS, *op. cit.*

²⁴⁶ GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., *op. cit.* p. 1892.

²⁴⁷ MANZANO LOZANO resume las conclusiones que GARCÍA GARCÍA extraía de esta sentencia: “a) La constitucionalidad del art. 131 LH está relacionada con la posibilidad de oponer toda clase de alegaciones en el juicio declarativo ordinario. b) Está también relacionada con el momento de constitución de la hipoteca, de modo voluntario para el deudor que sabe que está constituyendo un derecho real que tiene dos fases: vida estática y vida dinámica, cumpliéndose en esta última la *conditio iuris* de ejercicio, latente en la primera. c) Igualmente está relacionada con el Registro, con la inscripción constitutiva que garantiza su nacimiento con todos los requisitos legales y con lo que la sentencia llama “el procedimiento registral”, que es el amparo que el Registro ofrece a todos los titulares con posibilidad de admitir cualquier asiento que el deudor inste y que sea conforme con la legalidad”, MANZANO LOZANO, A. *op. cit.* pp. 336-337.

²⁴⁸ En palabras de la sentencia “Se puede afirmar que quien constituye una hipoteca se somete voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados. Con ello, no se quiere decir que la inconstitucionalidad quede eliminada por una renuncia al derecho, ya que tal renuncia no sería por sí sola suficiente para sanar el vicio. Aquí no hay renuncia a la defensa frente a las pretensiones del acreedor, ni una renuncia a la tutela jurisdiccional. Mas no debe olvidarse que, al constituir la hipoteca, se consiente en que la defensa tenga una eficacia momentáneamente disminuida, por no ser apropiada para suspender la ejecución”. A nuestro juicio el argumento es envolvente e inadecuado. Quien constituye a favor de su acreedor una hipoteca otorga una garantía, cuya ejecutividad, por disposición legal, viene establecida, entre otros modos de ejecución, a través del procedimiento de ejecución hipotecaria (en la fecha de la sentencia, el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de

La anterior afirmación, es decir, la base registral del procedimiento de ejecución hipotecaria como uno de los fundamentos de su constitucionalidad, encuentra a nuestro juicio dos importantes objeciones: una referida al momento de la constitución de la garantía real inmobiliaria; y la segunda en relación a la integración extrarregistral del título ejecutivo en el caso de las hipotecas de máximo, pero especialmente, en el de la llamada hipoteca flotante.

Como señalaba BLASCO GASCÓ “la inscripción registral confirma también el contenido del concreto derecho real de hipoteca: la hipoteca existe si el título constitutivo es válido y está legítimamente inscrito y en los precisos términos en que se inscribió”²⁴⁹. Sin perjuicio de la validez inter partes de los pactos referidos al derecho de hipoteca que no hayan accedido al Registro de la Propiedad, la publicidad del crédito que proporciona la inscripción registral conlleva la oponibilidad a tercero de dicho contenido en la ejecución hipotecaria, y de ahí la necesaria correspondencia entre la ejecución hipotecaria con el contenido del asiento registral²⁵⁰.

Si bien, en el caso de las hipotecas voluntarias, la constitución de la misma, como señala el TC, se halla sometida a la voluntad del otorgante, no es sólo el nacimiento del derecho real de hipoteca el que accede al Registro de la Propiedad, sino por decisión del legislador, accede al mismo el contenido

la LH). Por ello el argumento de la justificación constitucional de la limitación de los medios de oposición, defensa del deudor y de cognición en el seno de dicho procedimiento, no pueden justificarse por la figura del propio derecho real ejecutado. Deberá por ello tenerse en cuenta la posibilidad real de defensa del ejecutado, y ello pese a haber constituido la garantía e, incluso, pese a haber incumplido la obligación garantizada.

²⁴⁹ BLASCO GASCÓ, F.P. *Instituciones de Derecho Civil...op. cit.* pp. 444-445.

²⁵⁰ A nuestro juicio, esta es la razón que justifica el artículo 130 de la LH. Si nos encontramos ante un bien que se excluye de la responsabilidad genérica del deudor para con el resto de los acreedores del mismo, por vincularse al pago de una deuda concreta, deberán indicarse los concretos extremos a los que se extiende esta afectación, el quantum de la responsabilidad a la que el bien con carácter privilegiado por la garantía hipotecaria queda adscrito. Porque fuera de la responsabilidad garantizada por la hipoteca el remanente queda afecto a la responsabilidad patrimonial universal del deudor. En sentido similar CANALS BRAGE, *op. cit.*, aunque partiendo de una conceptualización de la hipoteca como patrimonio de destino y vinculando la publicidad registral a lo que denomina certeza del principio de accesoriedad, que garantiza en todo caso que la hipoteca no podrá ser ejecutada sin la ejecución del crédito garantizado: “la publicidad que la accesoriedad atribuye al crédito --ya que éste constará, con mayor o menor determinación, en la inscripción de la hipoteca-- supone el conocimiento y reconocimiento público del «destino» a que la hipoteca está afecta, lo que significa el beneficio ofensivo que de la eficacia registral resulta, y la evitación de posibles discusiones sobre su existencia y preferencia que pueden debilitarlo”.

del crédito asegurado, conforme previene el artículo 12 de la LH sobre el que incidiremos en este trabajo²⁵¹. Esta publicidad del crédito garantizado afecta, como dispone la norma citada, tanto a los pactos de trascendencia real como a los pactos que contengan obligaciones de índole personal, que por mor del mecanismo de la publicidad del Registro, serán oponibles también a terceros²⁵².

El paso del modelo tradicional de contrato regulado en nuestro vetusto Código Civil a la contratación en masa imperante en el ámbito de la contratación bancaria y financiera²⁵³, bajo cuyo paraguas se suscriben la mayor parte de los contratos de garantía hipotecaria inmobiliaria, impone el análisis de las consecuencias de las cláusulas incorporadas al contrato bajo condiciones generales de la contratación o a través de contratación de adhesión, especialmente cuando la contratación lo es con consumidores, y el acceso al Registro de la Propiedad, con la vocación y el efecto de oponibilidad, de cláusulas sobre las que no ha existido negociación entre las partes o

²⁵¹ “En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.”

²⁵² Así lo explica BLASCO GASCÓ, *op. cit.* pp. 446-447: “la denegación o suspensión o la inscripción de un determinado pacto no descansa en el carácter real u obligacional del mismo, de manera que estos (lo de pactos de carácter obligacional) no se inscriben, mientras que sí se inscriben los de eficacia real. Una mera lectura de la Ley Hipotecaria pone de manifiesto que pactos de naturaleza personal u obligacional acceden al Registro, sin perder por esto su naturaleza personal, si bien la inscripción los hace oponibles frente a terceros”.

²⁵³ Decía LÓPEZ LÓPEZ, A. que el contrato consiste en un acuerdo de voluntades, en un entrelazamiento de promesas y aceptaciones de las mismas, que genera vínculos, aun cuando sólo pueden dichos vínculos ser exigidos coactivamente cuando se fundamentan en una *causa obligandi*, LÓPEZ LÓPEZ, A.M. (2012), *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y Bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 329. Como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, la base clásica del contrato reside en la autorregulación o autotela, que se asienta en la libertad e igualdad de todos los individuos, de forma que nadie mejor que ellos para regular las relaciones contractuales con sus iguales. El equilibrio en la negociación se asienta en la simetría o igualdad en la contratación. Concepto éste del contrato que evoluciona social y económicamente, conllevando una unilateralización del mercado acentuada a través del uso de las condiciones generales de la contratación: “La insuficiencia práctica y teórica del planteamiento tradicional (i. e. liberal-individualista), que hace bascular la justicia contractual únicamente sobre la autonomía de la voluntad y los mecanismos dispuestos para protegerla, ha servido para redescubrir las exigencias de la llamada justicia contractual sustantiva: es decir, la necesidad de establecer mecanismos de control del contenido de los contratos, a fin de evitar los abusos que puedan derivar de la situación de inferioridad de uno de los contratantes”, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (1994), “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones”, *Anuario de Derecho Civil*, 47-1, pp. 31-90.

consentimiento expreso más allá de la adhesión o aceptación del condicionado general. Lo abusos producidos a través de esta forma de contratación por los predisponentes del clausulado no se han visto debida y oportunamente corregidos por mecanismos preventivos de control de la legalidad del clausulado impuesto a los consumidores, permitiendo en múltiples casos, el acceso al asiento de la hipoteca y con ello, a la ejecución hipotecaria, de cláusulas abusivas y por ello nulas.

Ya explicaba ALFARO que “la seguridad jurídica la proporciona la garantía de que las condiciones generales serán aplicadas por los tribunales en caso de litigio. Cuando, como ocurre en nuestro país, las condiciones generales se hallan plagadas de cláusulas abusivas, las dudas sobre su validez generan más incertidumbre que seguridad. Podrá replicarse que tales incertidumbres las provoca el legislador que instaura el control de contenido y no los predisponentes, pero semejante argumento no resulta convincente, puesto que con las reglas generales y la legislación preexistente a la LCU cabía declarar la nulidad de numerosas cláusulas abusivas. Por tanto, el argumento de seguridad sólo es válido cuando en el mercado hay “condiciones generales de alta calidad”, tanto en su comprensibilidad como en su validez con arreglo a la ley, porque sólo en ese caso proporcionan una información útil a las partes sobre el contenido del contrato”²⁵⁴. Preclara visión de lo que el futuro depararía en la materia que estamos analizando: un procedimiento de ejecución hipotecaria basado en un título que por su propia fuerza ejecutiva, derivada entre otros factores, del rigor del procedimiento registral, y que limitaba de forma casi completa las facultades de oposición del deudor en la ejecución, que quiebra por la existencia de cláusulas nulas que delimitan el crédito reclamado.

Ante ello, sólo un sistema registral que garantice, a través de la calificación, el control de la legalidad del clausulado que va a ser oponible y por ello va a integrar la pretensión ejecutiva hipotecaria, puede por sí

²⁵⁴ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991), *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*. Edit. Civitas, Madrid, p.34.

justificar la limitación de los medios de defensa del deudor. La constatación de la quiebra del argumento se produce con la sentencia Aziz, y con la posterior reforma del artículo 695, ya comentada, a través de la Ley 1/13 de 14 de mayo, permitiendo discutir la legalidad del clausulado del contrato en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, dejando por ello sin validez el amparo registral de la constitucionalidad del procedimiento en el momento de la constitución de la garantía hipotecaria.

Nos referíamos, en segundo lugar, a las dificultades de admisión de la relación entre la base registral del procedimiento de ejecución hipotecaria y la restricción de las posibilidad de oposición del deudor cuando se trata de integrar el título ejecutivo en el caso de las hipotecas de máximo, y especialmente, en el caso de la hipoteca flotante, lo que nos lleva a analizar la correspondencia de la constitucionalidad del procedimiento con la facultad de determinación del saldo o de identificación de la obligación garantizada unilateralmente por el deudor. No se trata ahora de ahondar en la discutida cláusula de determinación unilateral del saldo deudor, el llamado pacto de liquidación o liquidez de la deuda²⁵⁵, de tradición en nuestro ordenamiento procesal y refrendada tanto por el TC y por el TS²⁵⁶, sino de relacionar esta

²⁵⁵ “El pacto de liquidación es un acuerdo de los contratantes por el cual estos convienen que, en caso de reclamación judicial del acreedor, el importe de la cantidad exigible será el que resulte de la liquidación que practique aquél y ello a los solos efectos de permitir el acceso a la ejecución de un título extrajudicial (escritura pública o póliza intervenida notarialmente) que no refleja el quantum adeudado. Se trata, por tanto, de un pacto de naturaleza procesal (como igualmente tiene tal carácter la norma que lo ampara) en la medida en que únicamente surte efecto dentro del proceso y para el proceso, permitiendo que se despache ejecución por una cantidad derivada de un título que, si bien tiene forma ejecutiva, está inicialmente huérfano de contenido ejecutivo”, DOMÍNGUEZ ROMERO, J. (2011), *El pacto de liquidación*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 24-25.

²⁵⁶ La STC 14/92 de 10 de febrero (BOE 3 de marzo de 1992), abordó la constitucionalidad del artículo 1435 de la LEC de 1881, en su redacción dada por la Ley 34/1984 de 6 de agosto de Reformas Urgentes de la LEC, a través de diversas cuestiones de inconstitucionalidad resueltas acumuladamente, referidas al llamado pacto de liquidez, por el cual el acreedor en ciertos contratos, podía liquidar unilateralmente la deuda, bajo ciertos requisitos, deuda que por ello ostentaba el carácter de líquida a los efectos del extinto procedimiento ejecutivo. Para el TC se presumía líquida la deuda, que no veraz ni probada, por lo que atendiendo a la amplitud de los medios de oposición del deudor en aquel juicio, a las posibilidades de prueba y a la ausencia de efecto de cosa juzgada de la sentencia de remate, concluía que la norma era ajustada al mandato constitucional. El Tribunal Supremo, en su conocida sentencia 792/2009 de 16 de diciembre (ROJ: 8466/2009), en el seno de una acción colectiva de cesación, entre otras, de la cláusula sobre el pacto unilateral de liquidación de la deuda por el acreedor en la escritura de constitución de la hipoteca de ciertas entidades bancarias, recogiendo su anterior doctrina sostenía: “El denominado “pacto de liquidez” -o “de liquidación”- es válido porque es un pacto procesal para acreditar uno de los requisitos procesales del despacho de ejecución, cual es la liquidez o determinación de la deuda, y, por consiguiente, para poder formular la reclamación judicial de la misma -SS. 30 de abril y 2 de noviembre de 2.002, 7 de mayo de 2.003, 21 de julio y 4 de noviembre de 2.005; arts. 520.1, 550.1, 4º, 572.2 y 573.1,

integración del título con documentos extrarregistrales y la limitación de las facultades de oposición del deudor.

Pese a este refrendo del pacto por la jurisprudencia, de práctica unanimitad, es cuestionable que en el procedimiento de ejecución hipotecaria, dadas las limitaciones con que se halla redactado el número 2º del artículo 695.1 de la LEC, se permita al deudor consumidor una defensa eficaz de sus derechos cuando se aplique el mencionado pacto de liquidación unilateral, por cuanto la ley sólo permitirá la defensa basada en el error en la determinación de la cantidad exigible, y sólo en los casos de saldos de cuentas corrientes *u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles*, limitando además la ley la prueba a la documental aportada, como hemos expuesto²⁵⁷. Pero en

3º LEC-. Esta es la finalidad del pacto -despacho de ejecución- y, por lo tanto, no obsta a la impugnación de la cantidad expresada en la certificación bancaria mediante la oposición correspondiente y sin alterar las normas en materia de carga de prueba. La previsión legal es clara y excusa de cualquier otra información contractual al respecto, y así lo vienen entendiendo los Tribunales, por lo que no se infringen los arts. 2.1,d), y 10.1,a) de la LGDC y U, ni su DA 1ª, apartado 14ª.” También se pronunció el TJUE en su sentencia de 14 de marzo de 2013 (Aziz) sobre el pacto de liquidez, indicando al juzgado promovente que “deberá determinar si –y, en su caso, en qué medida– la cláusula de que se trata supone una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa”.

Recordemos que el artículo 1435 de la LEC establecía sólo para el caso de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación y documentos en escritura pública o en póliza intervenida en los términos del artículo 1429.6 de la ley, que se introdujera el pacto de liquidación que permitía al acreedor unilateralmente fijar la deuda líquida reclamada, siempre que se acompañara documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor y se notificara el saldo al deudor y al fiador. En el caso de que el caso de cuentas corrientes garantizadas con hipoteca, abiertas por Bancos o Cajas de Ahorro, la norma se remitía a lo regulado en la Ley Hipotecaria, cuyo artículo 153 regulaba, y regula, el mencionado pacto de liquidación distinguiendo: los acreedores comunes, que debían llevar el sistema llamado de doble libreta, sin que se exigiera el documento fehaciente de liquidación ni la previa notificación al deudor del saldo, porque la notificación se podía realizar en el seno del procedimiento. El párrafo V del artículo citado sustituía el sistema de la doble libreta por el de la certificación de saldo en el caso de que el acreedor fuere una Caja de Ahorro o una Sociedad de Crédito debidamente autorizada.

El pacto de liquidación ha pasado a los actuales artículos 572 y 573 de la LEC, que se aplican a toda ejecución, ampliando el ámbito subjetivo de la misma, por cuanto extiende el régimen a todos los acreedores. La Ley, sin embargo, no ha derogado el artículo 153 de la LH que subiste junto con la regulación de los artículos 572 y 573, aplicables a la ejecución hipotecaria, como se deduce del artículo 695. La doctrina ha discutido la subsistencia y compatibilidad de ambos procedimientos liquidatorios.

²⁵⁷ La aplicación de esta cláusula a los contratos de préstamo se ha considerado innecesaria, en cuanto el préstamo se define por su naturaleza líquida, no precisando operación de cálculo especial, y sin perjuicio de la aportación documental del artículo 573 de la LEC, en los casos de préstamo a interés variable, dispuesta por el artículo 574 de la LEC, aportación de documentos que es independiente de la existencia en sí del pacto de liquidación, que a pesar de ello, suele incluirse en la práctica totalidad de los préstamos bancarios. En este sentido sostiene DOMÍNGUEZ ROMERO que en los préstamos “es inocuo en orden a acreditar la liquidez de la deuda, pues si entendemos que, si se estipula el pacto en contratos que a priori no lo necesitan, no sería ya con el fin de convertir en líquida una cantidad ilíquida, sino como ayuda al Tribunal para conocer con exactitud la cantidad debida, por la cierta complejidad de los cálculos que, eventualmente, se hayan de realizar, quedado estos reflejados así en la “certificación” de la entidad acreedora. Pero, en cambio, consideramos que no es inocuo en cuanto a la

todo caso, la norma sólo permite discutir el error, y no la liquidación de la deuda basada en la aplicación, por ejemplo, de una cláusula que pudiera ser discutida en el procedimiento por su carácter abusivo (cláusula suelo, intereses moratorios). Aunque el efecto derivado de la declaración de la abusividad de estas cláusulas puede conllevar como resultado final que la liquidación fuere nula, no se permite atacar la liquidación unilateral por esta o por otra causa similar, pudiendo no ajustarse a la doctrina expuesta del TJUE.

El pacto de liquidación se aplica a las llamadas hipotecas de máximo, hipoteca en la cual la cantidad garantizada no se halla determinaba al momento de la constitución, sino que se fija al momento del vencimiento de la misma, quedando únicamente fijado al constituir la hipoteca y por ello en el asiento registral, la cuantía máxima de la responsabilidad hipotecaria²⁵⁸, clase a la que pertenece la hipoteca en garantía de cuenta corriente del comentado artículo 153 de la LH (como lo es la hipoteca en garantía de intereses variables).

La Ley 41/2007 de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/81 de 25 de marzo, del Mercado de Valores, introduce un nuevo artículo 153 bis en la Ley Hipotecaria²⁵⁹, regulando la llamada hipoteca flotante, a la que

exigencia de aportar la documental prevista en el art. 573 LEC (con las obligaciones que ello conlleva), al que habrá que estar si las partes pactaron expresamente la operatividad de ese mecanismo liquidatorio, y ello por el juego de los arts. 1089, 1091 y 1255 CC.”, *op. cit.*, p. 83. Sin embargo, y pese a que la jurisprudencia declara sin fisuras el carácter líquido del préstamo, no puede dejar de observarse la complejidad de la arquitectura bancaria en relación a la liquidación de los intereses variables derivados del préstamo, concurriendo elementos que hacen difícil la fijación con precisión del posible error en la determinación de la cantidad exigible (piénsese en el sistema francés de amortización de interés, o en la existencia de un interés mixto).

²⁵⁸ Se trata de una hipoteca de seguridad, tradicionalmente distinguida de las llamadas hipotecas ordinarias o de tráfico, porque se halla constituida en garantía de determinada obligación cuyos elementos no están todos registralmente determinados, bastando la mera determinabilidad de tales elementos, lo que se realizará mediante documentos extrarregistrales, PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, M. *op. cit.* pp. 264-265.

²⁵⁹ “También podrá constituirse hipoteca de máximo:

a) a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas,

b) a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos.

Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la

considera como hipoteca de máximo y denomina en dichos términos²⁶⁰. La hipoteca flotante se ha definido “aquella hipoteca que garantiza una pluralidad de obligaciones diversas, presentes y futuras, sin conexión causal entre ellas, y sin que se produzca novación de las mismas en una única y resultante obligación final”²⁶¹. Puede por ello garantizar a más de una obligación que puede haber nacido o no, y sin que sea necesario, en el caso de tratarse de varias obligaciones, que exista un nexo causal entre ellas, ni siquiera que las obligaciones se hallen totalmente determinadas al momento de la constitución de la hipoteca, sino meramente determinables a través de lo que la norma denomina descripción general de los actos jurídicos básicos de los que puedan derivar dichas obligaciones. No se requiere que se produzca una novación final de las obligaciones en una sola, sino que las obligaciones subsisten hasta el final con independencia y autonomía (lo que tiene relevancia en relación a la ejecución no hipotecaria de las obligaciones o respecto de otras garantías sobre cada una de las obligaciones), no siendo requisito la existencia de crédito al deudor, y exigiéndose que registralmente se fije la cuantía máxima de la responsabilidad hipotecaria total de la que responda la finca²⁶², el plazo de duración de la hipoteca y la forma de cálculo

cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.

Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura.

Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

²⁶⁰ Para CANLE FERNÁNDEZ, J.I. (2011), “Consideraciones sobre la hipoteca flotante: el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, n° 723, pp. 309-310, hipoteca de máximo e hipoteca flotante no son términos equiparables, porque la primera constituye el género de la cual la segunda es la especie.

²⁶¹ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEDIA, M. (2013), “Un estudio sobre la hipoteca recargable: perspectiva actual y su reconversión en instrumento de refinanciación junto con la hipoteca flotante. Sus diferencias”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVI, fasc. III, p. 1130. Para CANLE FERNÁNDEZ, *op. cit.* p. 310 “su característica esencial no radica en el establecimiento de una cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, circunstancia común con todo género de hipoteca (incluso las ordinarias o de tráfico), sino en que se trata de un gravamen que no se acople en origen a ninguna obligación determinada, garantizando globalmente (o flotando) sobre un conjunto de ellas (figurando en la escritura de constitución únicamente “la descripción de los actos jurídicos básicos de los que se deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas”), a todas las cuales cubre o protege en potencia, aun cuando al tiempo de la ejecución se ciña sólo a las determinadas por el acreedor hipotecario”.

²⁶² Máximo de responsabilidad que GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA califica de indiferenciable entre las obligaciones garantizadas, *op. cit.* p. 1130.

del saldo final liquidatorio²⁶³, así como la descripción de los llamados actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas²⁶⁴.

²⁶³ Para AZOFRA VEGAS, la hipoteca regulada en el artículo 153 bis supone importantes beneficios: “El más obvio es el abaratamiento de costes y tramitación: se consigue mediante una única hipoteca asegurar un conjunto de créditos, extrayendo la máxima capacidad de apalancamiento de un inmueble (es decir, «estirando» el crédito territorial a las últimas consecuencias), evitando la necesidad de constituir y/o cancelar distintas hipotecas. También el acreedor se beneficia, al gozar del derecho de realización de valor respecto de cualquiera de los créditos garantizados vencidos o de todos ellos, a su opción, sin necesidad de renunciar a las garantías específicas de los créditos garantizados”, AZOFRA VEGAS, F. (2008), “Hipotecas flotantes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 707, p. 1191.

²⁶⁴ La hipoteca global o flotante fue rechazada por la doctrina de la DGRN desde su Resolución de 23 de diciembre de 1987, por estimar que no se acomodaba a los principios hipotecarios, en especial a los principios de accesoriedad y especialidad. La Resolución de 27 de julio de 1999 (BOE 9 de septiembre de 1999) explicaba: “Según la doctrina de esta Dirección General, el principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscriba (confróntense artículos 9.2 o de la Ley Hipotecaria y 51.6 o del Reglamento Hipotecario), lo que, tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado, exige que, como regla general, se expresen circunstanciadamente las obligaciones garantizadas (causa, cantidad, intereses, plazo de vencimiento, etc), y aunque con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito se permite en ciertos supuestos la hipoteca sin la previa determinación registral de todos sus elementos siempre se imponen algunas exigencias mínimas, para impedir que tal derecho constituya, en realidad, una mera reserva de rango registral, o una especie de hipoteca “flotante”, en la que, si bien queda fijada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, queda, en cambio, al arbitrio del acreedor determinar si esta cifra máxima va a estar integrada por los importes, totales o parciales, de obligaciones ya existentes o con el importe de otras obligaciones que en el futuro pueda contraer el mismo deudor a favor del acreedor. Por ello, como ya declararan las Resoluciones de este centro directivo de 23 de diciembre de 1987, 3 de diciembre de 1991 y 6 de junio de 1988, la simple reunión contable de diversas operaciones de crédito existentes entre dos personas carece de virtualidad suficiente para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante, cuando la misma no aparece como instrumento de una relación contractual subyacente, ya de apertura de crédito, ya de cuenta corriente; este saldo representará únicamente la posición global acreedora o deudora de cada parte, y su realización sólo procederá a través de la ejecución individual de cada una de las relaciones jurídicas comprendidas, cuya autonomía y régimen jurídico específico se mantienen inalterados sin más correcciones que las debidas al juego compensatorio; no procederá, por tanto, la cobertura hipotecaria de ese saldo sino el aseguramiento separado de cada una de las concretas relaciones crediticias que lo determinen”. Salía así al paso la DGRN de la práctica a través de la cual se pretendía introducir antes de la reforma legal, la hipoteca flotante, a través de la anotación en la cuenta corriente del saldo resultante de las diversas operaciones existentes entre las partes. Para la DGRN sin el efecto novatorio de cada una de estas obligaciones no es posible la constitución de la hipoteca sobre dicho saldo final. En este sentido la Resolución de 12 de septiembre de 2003 (BOE 10 de octubre de 2003): “Es típico de esta clase de contratos emplear la técnica de la apertura de crédito en cuenta corriente, aunque, examinados con atención, no hay en ellos verdadera apertura de crédito no verdadera cuenta corriente. Síntomas típicos de esta patología suelen ser la indeterminación de las obligaciones garantizadas, al menos respecto las futuras, el depender exclusivamente de la voluntad del acreedor qué obligaciones quedan finalmente cubiertas por la garantía y qué obligaciones no, y la presencia del pacto en virtud del cual las obligaciones garantizadas no pierden su identidad (ya que se pretende con ello que conserven las otras garantías que le sean accesorias) por el hecho de ser introducidas en la cuenta, o sea, dicho de otro modo, la introducción de una de las obligaciones en la cuenta, que es el acto que implica el estar garantizada por la hipoteca, no implica la novación de la misma. Esto es lo que este Centro Directivo viene denominando como “mera reunión contable” de diversas obligaciones que carece de virtualidad para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante”. Ya tras la introducción del artículo 153 bis de la LH la DGRN ajusta su doctrina a la figura legal. En la RDGRN de 22 de septiembre de 2016, (BOE 14 de octubre de 2016), entre otros aspectos derivados de una hipoteca flotante, el centro directivo analiza la correspondencia del plazo fijado en la escritura de constitución de la hipoteca con el plazo de la vencimiento de la obligación, estimando que no es precisa la conexión del plazo de la hipoteca con el de obligaciones ni siquiera determinables, operando el plazo de constitución de la hipoteca como plazo de caducidad del ejercicio de la garantía: “Este plazo de duración de la hipoteca flotante no tiene que coincidir con el plazo de vencimiento de ninguna de las

Las características fundamentales de esta hipoteca del artículo 153 bis LH las resume VALERO FERNÁNDEZ-REYES en las siguientes:

1.- La variabilidad e indeterminación del importe asegurado, de manera que en el Registro, en el momento de la constitución de la garantía, sólo se hace constar una cantidad máxima (por principal, intereses y costas) de la que responderá el bien hipotecado, con independencia de cuál sea finalmente el importe de la obligación garantizada, lo que la encuadra dentro del género de la hipoteca de máximo.

2.- La posibilidad de garantizar una pluralidad de obligaciones, determinadas o determinables conforme a los criterios de integración pactados, de forma indistinta, es decir, sin necesidad de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones aseguradas, lo que la encuadra, en principio, dentro las denominadas hipotecas de globales o flotantes²⁶⁵.

El caballo de batalla de la hipoteca flotante es el principio de accesoriedad de la hipoteca al que con anterioridad nos hemos referido (y también el determinación) de manera que quienes ven en la misma un instrumento de fomento del crédito al deudor amparado en la reserva de rango que conlleva la hipoteca sobre obligaciones que ni siquiera tienen que haber nacido al momento de la constitución de la garantía, y que no requiere

obligaciones garantizadas, porque en la hipoteca flotante no existe la accesoriedad propia del resto de las hipotecas que garantizan una única obligación, siendo esta la razón por la que la Ley ha establecido la necesidad de dicho pacto, ya que la duración de las distintas obligaciones garantizadas pueden no coincidir entre sí, e incluso ser desconocida en el momento de constitución de la hipoteca flotante por incluir ésta la garantía de obligaciones futuras aun no nacidas ni pactados sus términos definitorios. La consecuencia jurídica más importante de la fijación de este plazo propio de duración de la hipoteca flotante o global es que, como queda señalado, su duración no vendrá determinada, por accesoriedad, por el plazo de la obligación única garantizada, a partir del cual empezaría a operar la prescripción de la acción ejecutiva hipotecaria o la caducidad del derecho real de hipoteca –artículos 82.5.º y 128 de la Ley Hipotecaria–, no pudiéndose cancelar la hipoteca hasta el transcurso de esos segundos plazos. Según opinión doctrinal mayoritaria, el plazo de duración propio de la hipoteca flotante opera como un plazo de caducidad del asiento registral correspondiente, el cual se cancelará automáticamente llegado su vencimiento en aplicación del artículo 353.3 del Reglamento Hipotecario, a semejanza de lo que ocurre con las anotaciones preventivas, salvo que en tal momento conste practicada la nota marginal acreditativa de que se ha iniciado la ejecución de la hipoteca por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 82, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria”.

²⁶⁵ VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. *La hipoteca del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, denominada flotante o global*, <http://www.registradoresdemadrid.org/revista/29/Comentarios/LA-HIPOTECA-DEL-ARTICULO-153-BIS-DE-LA-LEY-HIPOTECARIA-DENOMINADA-FLOTANTE-O-GLOBAL-Por-Angel-Valero-Fernandez-Reyes.aspx>

un previo crédito del acreedor que la sustente, suelen propugnar un funcionamiento autónomo de la hipoteca respecto de la obligación garantizada. Para GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEDIA el principio de accesoriedad debe ser reconsiderado, entendiendo que la accesoriedad será funcional de la obligación, por lo que no puede permitirse una hipoteca flotante con una total indeterminación de las obligaciones garantizadas, que vendría a suponer una desvinculación completa de la hipoteca respecto de la misma²⁶⁶. Igualmente, para AZOFRA VEGAS “La accesoriedad de la flotante, aunque matizada, existe, y ello haría imposible, por ejemplo, constituir la en garantía de «todos los créditos que surjan entre acreedor y deudor» sin más precisión, ni siquiera de «operaciones regulares del negocio bancario». Se hace imprescindible identificar, cuando menos, el o los actos o negocios jurídicos de

²⁶⁶ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *Un estudio sobre la hipoteca recargable: perspectiva actual y su reconversión en instrumento de refinanciación junto con la hipoteca flotante. Sus diferencias...* op.cit. p. 1147: “consideramos que para la admisión de las hipotecas flotantes será requisito indispensable la mayor determinación posible de esas obligaciones garantizadas, como vestigio de la accesoriedad si se quiere, pero, a nuestro entender, como reafirmación del principio de causalidad, separándonos, de este modo, nítidamente, de una hipoteca independiente y abstracta. No creo que debiéramos admitir una hipoteca flotante en la que la indeterminación de las obligaciones fuera total. Eso, desde mi punto de vista, sí quebraría esa accesoriedad funcional -que yo defiendo-, pues es claro que la hipoteca no es tal sino garantiza obligaciones, si no cumple con su función de aseguramiento. Las obligaciones deben ser determinables, al menos en sus líneas básicas, o a través de la fijación de criterios que lo hagan, y lo que me parece fundamental es que exista esa relación unitaria y causal con la hipoteca”.

Para ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2012), “La titularidad de la hipoteca flotante”, *Revista de Derecho bancario y bursátil*, 126, la hipoteca flotante es un ejemplo de la quiebra del principio de accesoriedad de la hipoteca, de forma que el mismo habrá de entenderse en sus justos términos, para no impedir el desenvolvimiento de las nuevas figuras impuestas por la práctica mercantil. CANLE FERNÁNDEZ, op. cit. p. 315, considera que la expresión contenida en el art. 153 bis a que la garantía de las obligaciones se verificará “sin necesidad de pacto novatorio alguno”, constituye “la más clara excepción al principio de accesoriedad, manifestado tal y como ha sido interpretado por la DGRN, en la regla una obligación una hipoteca”. Por ello propugna un entendimiento de la accesoriedad como la relación entre la garantía hipotecaria y el incumplimiento de las obligaciones aseguradas, “de suerte tal que si todas las obligaciones susceptibles de ser garantizadas son nulas, también lo será la hipoteca flotante”. Para CARRASCO PERERA, op. cit. p. 864, no se produce una quiebra del principio de la accesoriedad de la hipoteca porque “la relación de accesoriedad debe establecerse entre la hipoteca y la obligación incumplida, no entre aquella y la relación jurídica, pues las garantías no son accesorias de relaciones jurídicas”. Sentido similar lo encontramos en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2014), “El crédito garantizado con hipoteca y el principio de la fe pública registral” en *Cien años de la Revista de Derecho Privado (1913-2013)*, ALABART DÍAZ, S. (dir), Edit. Reus, Madrid, p. 109, para la cual, precisamente a la vista de la hipoteca flotante, la idea de la accesoriedad de la hipoteca debe considerarse funcional o finalista.

Una flexibilización del concepto de accesoriedad en DIÉGUEZ OLIVA, R., op. cit. p. 31, para la cual “la función de garante de la satisfacción del interés del acreedor que asume la hipoteca con respecto al crédito es lo que justifica el principio de accesoriedad”. En los supuestos de la hipoteca de máximo y la renovación de la misma o en los supuestos de subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios, el mantenimiento de la cobertura hipotecaria inicialmente fijada, supone a juicio de la autora indicada, una patrimonialización del rango hipotecario que tiene efectos en el derecho real de hipoteca no accesorios de la relación obligacional subyacente, con base en la autonomía de la voluntad, que suponen una flexibilización del principio la accesoriedad de la hipoteca, pp. 260-263.

que puede derivar la deuda (aunque el artículo se refiera solamente a actos jurídicos básicos), la «indicación remotísima de la deuda», a que se refería GONZÁLEZ MARTÍNEZ²⁶⁷.

El problema desde el prisma desde el que valoramos nosotros la hipoteca del artículo 153 bis LH es el del pacto de liquidatorio que contiene el precepto y que permitiría al acreedor de forma unilateral la determinación del saldo deudor conforme a la *forma de cálculo* pactada. Obsérvese que mientras en la hipoteca del artículo 153 la determinación del saldo deudor se ciñe al cálculo del saldo resultante de la cuenta abierta entre las partes, correspondiéndose con este pacto la causa de oposición del número 2 del artículo 695.1 de la LEC, en la hipoteca flotante lo que se determina de manera unilateral por el acreedor no es sólo el saldo deudor sino la misma obligación garantizada de entre las que hayan surgido entre las partes, identificadas de aquella genérica manera prevista en la norma: con la descripción de sus actos jurídicos básicos. Al producirse una remisión al artículo 153 de la LH se está permitiendo que el mero certificado unilateral del acreedor identifique la obligación garantizada, para lo cual ni el procedimiento registral en el momento de la constitución de la hipoteca, o en el momento de su ejecución, ni las causas de oposición a la ejecución del artículo 695 de la LEC, dan suficiente cobertura a la defensa del deudor en el procedimiento de ejecución hipotecaria²⁶⁸. Esta situación de desequilibrio entre las partes ha llevado a algún autor a cuestionar la constitucionalidad de la norma²⁶⁹.

²⁶⁷ AZOFRA VEGAS, F. *op. cit.* p. 1198.

²⁶⁸ Se plantea la doctrina la necesidad de integración en estos casos del título ejecutivo a través de documentos extrarregistrales que acrediten el nacimiento y vencimiento de la obligación, más allá de la escritura de constitución de la hipoteca y del certificado liquidatorio del deudor. Para VALERO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, el legislador en el artículo 130 de la LH ha optado por dar fuerza ejecutiva al título hipotecario de la hipoteca flotante que no precisa de la aportación de otros títulos ejecutivos. En cambio AZOFRA, *op. cit.* pp. 1124-1125, la exigencia de que se acompañe con la demanda «el título o títulos de crédito revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de ejecución» del artículo 685.2 LEC impediría que se ejecutase una hipoteca flotante ante el vencimiento de una obligación no nacida al tiempo de la constitución de la flotante, cuya existencia no haya tenido acreditación registral ni pueda evidenciarse en título que lleve aparejada ejecución (conforme al 517 LEC), incluso en el caso de que se haya pactado en la escritura de hipoteca flotante la facultad del acreedor de liquidar la deuda.

²⁶⁹ «El asunto es gravísimo y considero que incluso tiene visos de inconstitucionalidad, puesto que si la contraparte no es un comerciante sino un ciudadano, se vulneran frontalmente las leyes de protección

3.5. Conclusión: la vuelta al significado del procedimiento: la doctrina de la causa en la hipoteca

De lo que llevamos expuesto podremos concluir que, justificándose el procedimiento de ejecución hipotecaria (como en su día el procedimiento judicial sumario) en el ejercicio del *ius distrahendi* como una de las facultades integrantes del derecho real de hipoteca, toda vez que se prohíbe en nuestro Derecho el pacto comisorio, la propia fortaleza de la facultad de separación del bien del patrimonio del deudor por el acreedor, para hacerse pago de su crédito, modifica el crédito garantizado, que adquiere una singular trascendencia económica en el tráfico jurídico; pero también inunda el mismo proceso de ejecución, minimizando las posibilidades de paralización de la venta por el deudor, hasta el punto de desnaturalizar el concepto de proceso mismo y el de la garantía que se está ejecutando.

La desnaturalización del proceso a la que nos referimos se refleja en la constante tensión entre la celeridad del procedimiento y la contundencia de la acción ejecutiva hipotecaria, de un lado, y la necesaria adecuación constitucional de la posición del deudor hipotecario, de otro. El precario equilibrio entre ambas tensiones que pretendió justificar el Tribunal Constitucional con su auto nº 113/2011, remitiéndose a la inaplicable (hemos

de consumidores y probablemente estemos ante una cláusula abusiva, puesto que no se cuenta con su consentimiento para vincular una determinada obligación a una cobertura hipotecaria. Si se entendiere que ya ha prestado su consentimiento al constituir la hipoteca, entonces tendrían que incluirse todas las obligaciones y no sólo las que unilateralmente decide incluir el Banco o Caja. No me cabe duda que se está dejando el contrato en cuanto a su contenido "al arbitrio de una de las partes contratantes", luego por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1256 CC, la sanción es la nulidad. Pero es aún más discriminatorio y, por ende, probablemente inconstitucional, implantar legalmente un privilegio injustificado a favor de Bancos y Cajas puesto que ¿Significa que nos encontramos ante dos derechos hipotecarios distintos, uno para Bancos y Cajas y otro para el resto de los mortales? La cuestión no es baladí porque no olvidemos que se trata de una excepción y ello hace inevitable que se entienda que si la hipoteca la constituye una sociedad o una persona física se le exija como hasta ahora:

1. El estricto cumplimiento del principio de determinación en cuanto a la hipoteca y la obligación (en singular) garantizada.

2. La hipoteca sólo podrá garantizar una única obligación", MARTÍNEZ-GIL VICH, J.L. (2008), "Privilegio exorbitante", *El Notario del S. XXI*, nº 17.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2008), "Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 707, p. 1274, la exigencia de la novación de las obligaciones no se ampararía en los principios de accesoriedad y determinación registral, sino que es "consecuencia de la accesibilidad a un excepcional medio de prueba y determinación del crédito: la certificación bancaria ex artículo 153 LH".

intentado explicar) doctrina fijada a partir de la sentencia 41/1981, se rompe definitivamente cuando la jurisprudencia del TJUE impone el debate contradictorio de los derechos de los consumidores en el seno de la ejecución hipotecaria, torpedeando, finalmente, el muro de la falta de efecto de cosa juzgada de sus resoluciones que amparaban el procedimiento ordinario posterior del artículo 698 de la LEC; y cuando el derecho a la vivienda del deudor más vulnerable irrumpe en el panorama social, obligando a una relectura de los trámites más consolidados del procedimiento (léase la eficacia del domicilio registral a efectos de notificaciones, o la posibilidad de suspensión de los lanzamientos de deudores en riegos de exclusión)²⁷⁰.

Por lo que ahora nos interesa, la apertura del procedimiento al debate de la legalidad del título deja en una incómoda posición la drástica limitación de cualquier otro medio de oposición que ataña no a la garantía hipotecaria, sino a la obligación garantizada, en el seno de la ejecución.

Enfocando el análisis de la hipoteca en la causa de la misma consideramos que debe reinterpretarse el contenido del derecho real ejecutado

²⁷⁰ A nuestro juicio, la suspensión del lanzamiento del deudor, tras la adjudicación al acreedor de la finca en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, que se introduce primero por el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, y luego a través de la Ley 1/2013 de 14 de mayo y del RD 1/2015 de 27 de febrero, de mecanismo de la segunda oportunidad, por muy reducido ámbito subjetivo que ha demostrado abarcar, consagra el derecho a la vivienda del deudor en ciertas condiciones frente al acreedor hipotecario que se cobra con la finca hipotecada. La suspensión del lanzamiento conlleva una auténtica limitación del dominio del acreedor que se ampara en la vulnerable situación del deudor hipotecario a la que ha quedado expuesta por la crisis económica, pero también por la garantía hipotecaria. Entendemos que aflora en la reforma legal la eficacia del derecho a la vivienda frente a otro particular, no únicamente frente al Estado (como derecho de carácter prestacional). Aun cuando el derecho a la vivienda no se reconozca en nuestro Texto Constitucional como derecho fundamental, el TEDH ha considerado incluido el mismo en el contenido del artículo 8 del CEDH, el respeto al domicilio y a la vida privada y familiar, y el TJUE lo incluye en el ámbito del artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, lo que obliga, por mandato del artículo 10 de la CE, a interpretar el elenco de nuestros derechos fundamentales conforme a la los tratados y jurisprudencia indicada. Como explicaba LÓPEZ LÓPEZ, A. *op. cit.* p. 316 “la cuestión básica es, precisamente, si los derechos fundamentales no han de ser entendidos de otra manera, no como puros ámbitos de inmunidad o de exigencia de prestaciones a las instancias públicas, sino también como conformadores de la sociedad, consecuencia de incardinarse en una Constitución de un Estado que se define como “social” (art.1); y pese a la evidente ambigüedad de la etiqueta “Estado social”, si éste ha de realizar sus fines, no puede abdicar de que sus principios (y entre ellos, muy destacadamente, los derechos fundamentales) se aplique a las relaciones entre los particulares”. En similar sentido SIMÓN MORENO, H (2014), “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vivienda en relación al derecho español”, en *Revista Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico* n° 16, *Hipoteca y Vivienda*, pp. 162-186, para quien la eficacia horizontal del CEDH puede conseguirse a través de la doctrina de las obligaciones positivas impuestas a los Estados partes, a través de la incardinación del derecho a la vivienda a derechos sí expresamente reconocidos en el Convenio, o mediante el reconocimiento de la función social de la propiedad.

y por ello el proceso diseñado para su ejecución. La hipoteca es un derecho de garantía y por tanto se justifica con su función de seguridad del crédito (u obligaciones) garantizados²⁷¹. Si ello es así, como explica MIRA ROS no se entiende por qué el procedimiento de ejecución hipotecaria en lugar de sumar

²⁷¹ Decía Federico DE CASTRO que la figura de la causa, junto con la forma del contrato surgió como mecanismo de delimitación de la autonomía de la voluntad, definiéndola como “la función que nuestro Derecho atribuye a la causa, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan la o las declaraciones negocialas”. Vista la causa desde el ángulo subjetivo (supuesto de hecho) será: “lo que se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera (no se ha podido excluir) el amparo jurídico”. Desde el ángulo objetivo de la norma jurídica, la causa servirá como: “el metro o metros con los que se mide el resultado real buscado con la regla negocial establecida por la voluntad privada y conforma al que se determinará la validez o invalidez del negocio y el tipo de eficacia que le corresponde”, DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985), *El negocio jurídico*, Edit. Civitas, Madrid, pp.191-192. Para LACRUZ, *op. cit. La causa en los contratos de garantía*, pp. 722-723 “con el nombre de causa se exige en el contrato o la atribución (incluida la obligación) una serie de condiciones que los Derechos alemán y suizo, o no requieren, o lo hacen bajo otro nombre. a) Veracidad.- Se exige que el contrato sea tal, y no una mera simulación. b) Licitud.- Los motivos a los cuales puede extenderse el examen del ordenamiento –cuyo alcance es distinto según el contrato sea gratuito u oneroso –han de ser honestos. c) Correspondencia con los presupuestos básicos.- En cada contrato singular las partes pueden haber aceptado implícitamente unos presupuestos que constituyen su base y sin cuya realidad o realización tal contrato no es eficaz. d) Sinalagma.- Si una de las prestaciones no se realiza culpablemente, el acreedor decepcionado no tiene la obligación de cumplir la deuda, y puede resolver el contrato y eventualmente reclamar lo entregado por él. e) Justa causa.- La atribución del derecho real, o el nacimiento del derecho de crédito, y la correlativa deuda, presuponen un contrato antecedente válido y eficaz: por tanto veraz, lícito y correspondiendo con los presupuestos básicos de las partes. f) Onerosidad o gratuidad.- Los contratos son onerosos o gratuitos según haya o no intercambio de prestaciones correspondientes. Pero cada deuda y correlativo crédito, o cada transferencia o constitución de derecho real, recibe el tratamiento de acto oneroso o gratuito según ellos mismos, y no el contrato que les da origen, representen o no un intercambio, correspondencia, restitución o resarcimiento”. En el caso del derecho real de garantía se trata de un plus respecto del derecho del acreedor, que puede, prescindiendo de la solvencia o insolvencia del deudor, conseguir el cobro de su derecho de crédito, pp. 724.

Para INFANTE RUIZ, *op. cit.* la causa de la garantía (causa *cavendi*) puede ser definida como la función económico social consistente en garantizar la satisfacción de un crédito, p. 85, de forma que “el acreedor cuenta desde entonces con dos obligados, el deudor de la obligación subyacente, obligado en vía principal, y el fiador, obligado en vía civil subsidiaria en virtud del propio título a cumplir por el deudor principal en caso de que éste no lo haga. Dando este contenido al manido vocablo “accesión” puede explicarse – ahora sí – que el vínculo del fiador es el garantizar el cumplimiento de la obligación ajena”, pp. 89. Reflexiona el profesor INFANTE sobre la relación entre causa y accesoriedad referida al contrato de fianza, que podemos sin problemas trasladar a este estudio: “La accesoriedad de la fianza supone que ésta depende, en cuanto a su existencia y vicisitudes, de la obligación garantizada, pero, en modo alguno, implica que quede absorbida su casa por la de esta obligación. La obligación fideiusoria tiene su propia causa: consecuencia de ello es que, a diferencia de lo que ocurre con los codeudores solidarios, deudor principal y fiador no están vinculados por el mismo título (...); nunca están obligados por el mismo concepto por cuanto son deudores de calidad y condición distinta”, pp. 84-85.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.* p. 109, considera que la accesoriedad de la hipoteca, (rectius la causa de la hipoteca) debe predicarse “con todo rigor en el momento en que se pretenda la ejecución de la garantía, aun cuando el nacimiento, el rango registral y las vicisitudes de la hipoteca puedan desligarse, en mayor o menor medida, de la actual existencia o plena individualización del crédito o créditos garantizados (...). Mantener la autonomía de la hipoteca, pese a la inexistencia del crédito garantizado –o la pervivencia de la hipoteca en caso de crédito ya extinto por pago –merced a los principios hipotecarios y en beneficio de la ejecución hipotecaria instada por un cesionario a título oneroso y de buena fe introduce un elemento de abstracción o de desvinculación causal en la garantía que contradice la accesoriedad de la hipoteca que proclama el Código Civil”, debiendo evitarse a su juicio la impresión en la ejecución de la hipoteca de que lo ejecutado es un derecho real distinto, y derecho unitario nuevo, “el crédito hipotecario de naturaleza real”, *op. cit.* p.110.

(causas de oposición), resta²⁷², limitando las facultades de reacción del deudor en el seno del procedimiento a la subsistencia formal de la hipoteca. Considerado en la actual regulación procesal como especialidades del procedimiento de ejecución general, nada impedía el mantenimiento del mismo régimen de excepciones que el artículo 557 de la LEC prevé para la oposición del fondo referida a la obligación garantizada, con idénticos efectos respecto del proceso declarativo ulterior, y sin perjuicio de añadirse las concretas excepciones que atañen a la perspectiva registral de la hipoteca y la protección de la apariencia derivada del Registro de la Propiedad. Lo contrario provoca no sólo la continua suspicacia sobre la constitucionalidad del procedimiento y la constatada insuficiencia del mismo para subvenir a la necesaria protección de intereses especialmente protegidos y afectados por la ejecución, como hemos visto, sino disfunciones en el seno del procedimiento respecto de la posibilidad de oponer la nulidad de una cláusula abusiva y no poder discutir la pluspetición, salvo en los concretos términos del número 2º del artículo 695.1²⁷³; o en relación al procedimiento ulterior del artículo 579 de la LEC, para el caso de que no se satisfaga al acreedor en la totalidad de su crédito con el producto del bien, en cuyo caso por la cantidad restante se podrá proseguir a instancias del acreedor, esta vez de acuerdo con las normas

²⁷² “Por inercia de la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque configure la ejecución de la obligación hipotecaria como un juicio ejecutivo sin más particularidades que las derivadas de la hipoteca, al regular las causas de oposición a la ejecución incurre, sin embargo, en una grave contradicción, al regular el número de excepciones: la de restar, en lugar de sumar -que hubiera sido lo lógico-. La nueva normativa sobre ejecución judicial, cuando hay hipoteca o prenda, en lugar de sumar a las causas generales de oposición por inexistencia o extinción de la deuda las derivadas de algún defecto de la garantía, paradójicamente, pese a la accesoriedad de la garantía a la deuda, restringe las excepciones oponibles afectantes a la deuda”, MIRA ROS, C. *op. cit.*

²⁷³ Recientemente ha sido dictada por el TJUE la muy esperada sentencias sobre los efectos de la retroactividad de la cláusula suelo fijados en la doctrina del TS desde su sentencia de 9 de mayo de 2013, STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15), que aparte de declarar contraria a la Directiva 93/13/CE la limitación de la retroactividad de los efectos de declaración de nulidad de una cláusula suelo a la fecha de la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013, contiene en sus párrafos 61 y 62 los siguientes razonamientos: “De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.”

de la ejecución ordinaria, y por ello, ampliando el elenco de causas de oposición del deudor por el mismo crédito reclamado.

Capítulo 4

EL DERECHO DE CONSUMO EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

4.1. Las condiciones generales de la contratación como modo de contratación diferenciado

El llamado derecho de consumo se manifiesta en la legislación civil como el artífice de un cambio revulsivo en la concepción tradicional del contrato, que desde el dogma de la autonomía de la voluntad como regulador esencial de los intereses de los contratantes y por ello del equilibrio de las prestaciones pasa, por el mero hecho de la condición de consumidor de uno de los contratantes, a hallarse bajo la supervisión y control público, en aras de reestablecer un equilibrio que socialmente es inexistente entre los contratantes²⁷⁴. El contrato como expresión de regulación privada y autónoma de los intereses de los contratantes, se asienta especialmente en la noción de igualdad de ambas partes²⁷⁵, y en la libertad de regulación del contenido de los intereses privados. Bajo ambas premisas se equilibra la relación contractual, de manera que los poderes públicos no han de intervenir en el precio o en la reciprocidad del contrato; y el mismo, por la capacidad de

²⁷⁴ La autonomía de la voluntad y la prevalencia del principio "*pacta sunt servanda*" tienen, en palabras de FEDERICO DE CASTRO, arraigo en los principios del liberalismo económico y el posterior neoliberalismo. Repugna a la doctrina liberalista la intromisión del Estado o el poder público en el ámbito reservado, a modo de "una reserva de caza", de la regulación por los particulares de sus propios intereses a través del mecanismo contractual. Los límites de la autonomía de la voluntad aparecen en un primer momento ligados a la ejecutividad de un contrato o una cláusula contractual que sea contraria al orden público o a la moral. Observa el profesor DE CASTRO que la tensión doctrinal se produce desde la perspectiva de la ejecución del contrato por los poderes públicos: "¿pueden dichos poderes, en especial los jueces, imponer el cumplimiento de condiciones, cláusulas o pactos que resulten evidentemente injustos o leoninos? Si la pregunta se contestase afirmativamente, se concluye, no se podrá calificar la labor del juez de encarnación de la Justicia, ni al Estado de Derecho?". Sin perjuicio de lo cual, tanto el intervencionismo del Estado en ciertos aspectos de la contratación (véase el contrato de trabajo), como especialmente el abuso de figuras contractuales como el contrato de adhesión y las condiciones generales de la contratación, para reforzar posiciones de dominio o desequilibrio, constituyen la causa más honda de la crisis del concepto liberal del contrato anteriormente indicado, DE CASTRO Y BRAVO, F. (1982), "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, 35-4, pp. 987-1086.

²⁷⁵ Afirma DIEZ- PICAZO, L. (2006), "Contrato de consumo y derecho de contrato", *Anuario de Derecho Civil*, 59-1, pp. 11-28, que el "requisito de la presunta igualdad de las partes contractuales, que es, por supuesto, una igualdad mítica que en la realidad no existe ni ha existido nunca. En ningún sitio está dicho que tal igualdad se necesite para contratar".

obligarse de los sujetos, adquiere la fuerza de ley entre las partes. Expresión de dicha concepción es el artículo 1255 del CC conforme al cual “*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”²⁷⁶.

Dejando al margen modelos políticos intervencionistas, y ciñéndonos al ámbito estrictamente civil, se sitúa doctrinalmente el punto de inflexión del cambio del modelo tradicional del contrato, en la estandarización y mecanización de la producción y de la oferta contractual que acompaña a los procesos de industrialización que trajo la Revolución Industrial en los siglos XIX y primeros años del XX²⁷⁷, con la aparición de las condiciones generales de la contratación como nuevo mecanismo de configuración del contenido contractual²⁷⁸.

Del concepto liberal del contrato, en que los contratantes, situados formalmente en una situación de igualdad, negocian el clausulado del contrato, y regulan en su totalidad las prestaciones y las vicisitudes del

²⁷⁶ Los límites a la libertad individual consagrados en el artículo 1255 CC “se fijan de forma negativa, lo que a su vez implica una excepcional amplitud del margen de actuación reconocido a los particulares, puesto que la regla pasa de ser la de que lo que esté expresamente prohibido podrá lícita y eficazmente convenirse. Lo cual significa también que lo convenido por las partes obliga no sólo a los contratantes, sino también al juez, cuyas facultades quedan así muy mermadas, siendo esta quizás la razón (o una de las razones) que explique las dificultades que la doctrina española ha tenido para encajar teóricamente el apoyo legal a la posible modificación judicial de las obligaciones ante un cambio de las circunstancias en las que fueron pactadas”, ATAZ LÓPEZ, J. y RAMOS SALELLES CLIMENT, J. (2009), *Tratado de contratos, Tomo I*, BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir), p. 132.

²⁷⁷ Aunque observa PAGADOR LÓPEZ, J. (1999), *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Marcial Pons, Madrid, p. 13, el fenómeno de las condiciones generales de la contratación aparece en un sector de la actividad económica distinta del industrial: el sector servicios. Recogiendo la doctrina más autorizada cita PAGADOR LÓPEZ dos tipos de factores que contribuyen a la proliferación y al éxito de las condiciones generales de la contratación: de un lado factores de orden estructural, derivados de la concentración empresarial y de la aparición de monopolios empresariales por sectores de producción, que se verán facilitados por acuerdos referidos al condicionado general de sus contratos por las empresas integrantes de los cárteles; de otro factores de índole coyuntural relacionados con el revulsivo período monetario que siguió a la Primera Guerra Mundial, especialmente en Alemania, y que conllevó la introducción de rígidas cláusulas de pago, de minimización de riesgo, imposición de garantías, facultades de resolución contractual, etc., *vid. op. cit.* pp. 14-15.

²⁷⁸ Lo expresa LASARTE ÁLVAREZ, C. (2014), *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, p. 81, en los términos siguientes: “El esquema de formación del contrato recogido en los Códigos Civiles (...) responde por lo común a la celebración del contrato personalizado, y por lo general, de relativa entidad económica. Los actos en masa, sin embargo, escapan al esquema codificado y se plantean en términos absolutamente diversos. Por ello, con razón, se ha hablado de crisis del esquema codificado; para resaltar que el proceso formativo del contrato desde la codificación hasta nuestros días, se ha visto profundamente alterado”.

negocio concertado, se pasa a la prerredacción por uno de los contratantes (el predisponente) del íntegro contenido del contrato, quedando la libertad de contratación reducida de un lado a los elementos esenciales del negocio celebrado (el precio, la cosa), y de otro a la aceptación del condicionado predispuesto, como condición misma para la contratación (“lo toma o lo deja”)²⁷⁹.

Definía Federico DE CASTRO las condiciones generales de la contratación como “los conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) han establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar. Mediante tales condiciones se eliminan “a priori” los tratos previos entre las partes; una de estas (el empresario) se ha atribuido el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a su gusto, la regulación de los contratos; se independiza el establecimiento de las condiciones de la celebración del contrato concreto; las condiciones se imponen de tal modo inexorable que pueda calificarse de apéndice de la prestación; se redactan en la forma abstracta y articulada que se acostumbra en las leyes”²⁸⁰

²⁷⁹ Así ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *op. cit.* p. 135: “el cliente sólo está obligado a negociar cuando, de acuerdo con las circunstancias, tenga expectativas razonables de que va a poder “evitar la aplicación” de las condiciones generales y a la vez celebrar el contrato, es decir, que la negociación va a concluir, con posibilidades de éxito a la modificación de las condiciones generales. Esta expectativa no existe cuando el consumidor carece de la capacidad técnica o jurídica o del tiempo necesario para analizar detalladamente las cláusulas y examinar posibles alternativas (p. ej.: porque se le entregan en el momento de la celebración o poco antes), es decir, en todos los casos en los que el cliente acepta las condiciones generales como un mal necesario para obtener el bien o servicio objeto del contrato”. Surge así la distinción entre contrato como acto y contrato como norma, y a partir de ella, la libertad contractual se bifurca en dos: libertad de decisión (celebrar o no el contrato) y libertad de configuración (establecer unas reglas u otras, CAÑIZARES LASO, *op. cit.* p. 70.

²⁸⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1987), *Las condiciones generales de los contratos, la eficacia de las Leyes*. Edit., Civitas, Madrid, pp. 12-13. Incide la doctrina en sus características fundamentales: la predisposición de las condiciones generales por uno de los contratantes, la vocación de aplicación a un número indeterminado de contratantes y el carácter abstracto de las mismas, desligado del concreto contrato al que finalmente se incorporan, junto con el requisito de su imposición. Así LÓPEZ LÓPEZ, A., *op. cit.* p. 339, que las define como “reglas determinantes del contenido contractual, total o parcialmente, establecidas de manera unilateral por uno de los contratantes, para una serie indefinida de cocontratantes, sin que estos puedan hacer otra cosa que adherirse a las mismas, o realizar el contrato”; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *op. cit.*, p. 114, para quien las tres notas características de las condiciones generales de la contratación son “Primera, que se trata de cláusulas contractuales, es decir, de cláusulas que están llamadas a integrar el contenido de un contrato. Segunda, que se trata de cláusulas predispuestas, es decir, que están redactadas previamente al momento de su utilización; y Tercero, que se trata de cláusulas impuestas, es decir, que se presentan al cliente sobre la base de “lo toma o lo deja”, sustrayéndolas de la discusión o negociación”. Del análisis del art. 1.1. LCGC extrae

La utilización de condiciones generales en la contratación²⁸¹ en masa se justifica desde perspectivas de efectividad: se reducen los costes temporales y económicos derivados de la negociación individualizada con cada uno de los contratantes del producto o servicio ofrecido; la creciente tecnificación y especialización de los distintos sectores productivos y especialmente de servicios permite la introducción de cláusulas que difícilmente pueden ser objeto de redacción particularizada sin la ayuda de los conocimientos

PAGADOR LÓPEZ, J., *op. cit.* pp. 233-235, la noción legal de condiciones generales de la contratación en la LCGC, basada en la concurrencia de cuatro requisitos: 1.- la contractualidad, que implica que las condiciones generales han de hallarse destinadas a integrarse o formar parte de un contrato; 2.- la predisposición, que significa que las condiciones generales han de estar redactada previamente a la celebración de los singulares contratos respecto de los que están llamados a recibir aplicación; 3.- la imposición, rigidez o inevitabilidad; 4.- la uniformidad, generalidad o carácter general, que implica que se disponen con la finalidad de aplicación con carácter general en el desarrollo de la actividad negocial del predisponente. Por el contrario este cuarto requisito no se deduce del contenido de los arts. 10 y 10 bis de la LGDCU. Para ROCA GUILLAMÓN, J. (2000), “Reglas de interpretación de las condiciones generales de los contratos”, en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, NIETO CAROL, U. (dir), Edit. Lex Nova, Valladolid, p. 307, existe unanimidad doctrinal en denominar así “a la suma de pactos unilateralmente impuestos por una de las partes, generalmente un empresario o grupo de estos, de manera que sus contratos, en un determinado sector de la actividad, resultan uniformemente reglados, conforme a los criterios del predisponente, hasta el punto de que el adherente no puede evitar su aplicación si quiere obtener el bien o servicio que aquel ofrece”. VICENT CHIULIÀ, F. (2005), “Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias”, en *Protección de particulares frente a malas prácticas bancarias*, CUNAT EDO, V. (dir), *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, p. 79, las define como “las cláusulas predisuestas, cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes (en caso de contrato de consumo, necesariamente el profesional), con independencia de la autoría material de las mismas (pueden ser las Condiciones de una Asociación Empresarial), de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos y no necesariamente a “todos” los del predisponente”. Destacan igualmente DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 120 su carácter unilateral, su necesidad derivada de la vida económica moderna donde no es posible discutir de forma individualizada cada uno de los contratos, por impedirlo la contratación masiva y las exigencias de uniformidad que se derivan de la planificación empresarial de todos los órdenes, y su imposición a los hipotéticos contratantes que no poseen otra libertad contractual más que para aceptarlas o rechazarlas.

²⁸¹ No hemos mantenido hasta ahora una distinción entre condiciones generales de la contratación y contrato de adhesión. El término contrato de adhesión se atribuye por la doctrina a Saleilles, cuando en 1901 en su obra *La déclaration de volonté*, se refirió al contrato de adhesión para negar precisamente su carácter contractual e incluso, como explica PAGADOR LÓPEZ, *op. cit.*, p. 50, desaconsejar su empleo. La distinción hace referencia al distinto momento o fase de la contratación: el término condiciones generales de la contratación al momento de su prerredacción para su aplicación a una pluralidad de contratos, el contrato de adhesión hace referencia a la imposición o a la celebración de un contrato con condiciones generales. Para PAGADOR LÓPEZ, *op. cit.* p. 22 “el contrato de adhesión es aquel cuyo contenido es impuesto por una de las partes contratantes a la otra sin posibilidad de modificación o colaboración de esta última en su confección, y en el que, además, suelen concurrir las notas de ser empleados por un «operatore económico», hallarse provisto de un contenido tendencialmente uniforme y haber sido predisuestos con la finalidad de ser aplicados no a una concreta relación contractual, sino a una pluralidad indeterminada de estas. Por tanto, brevemente, se pueden considerar contrato de adhesión aquellos contratos concluidos mediante condiciones generales». En el mismo sentido LASARTE ÁLVAREZ, C. *op. cit.*, p. 121, para quien en la actualidad, condiciones generales de la contratación y contrato de adhesión, son sustancialmente dos caras de la misma moneda. O ALFARO ÁGUILA-REAL, *op. cit.* p 154 para quien la distinción carece de relevancia, puesto que el legislador no controla el acto de predisposición sino la utilización de las condiciones generales. “En definitiva, los contratos de adhesión no son más que contratos celebrados sobre la base de condiciones generales”.

profesionales adecuados (v. gr., amortización de capital e intereses variables en un préstamo); por otro lado, el derecho positivo no proporciona la detallada regulación de la totalidad del contrato celebrado ni se adapta con la suficiente flexibilidad, a las nuevas necesidades contractuales que el mercado impone, hueco éste que viene a ser cubierto por las condiciones generales de la contratación²⁸².

Pero como manifiesta ALFARO hablar del régimen de las condiciones generales de la contratación es hablar del control del contenido²⁸³, pues lo característico de la regulación legal es la existencia de controles (no sólo de contenido, sino también de inclusión o incorporación así como cualificadamente éste, en el llamado control de transparencia), o límites a la validez de las condiciones generales en contraposición con los genéricos límites expuestos de la libertad contractual del artículo 1255 del CC²⁸⁴.

Las condiciones generales de la contratación exteriorizan la diferenciación del poder o control sobre el objeto del contrato entre los contratantes. Y de ello, de manera inevitable, se derivan abusos provocados precisamente por la situación de prevalencia o dominio. La igualdad formal en la negociación no existe, la posibilidad de influir en el contenido normativo

²⁸² Apunta PAGADOR LÓPEZ, J., *op. cit.*, p. 31, que las condiciones generales constituyen un “fenómeno de carácter típicamente empresarial, o lo que es lo mismo, ha de admitirse que las peculiaridades y exigencias técnicas de la empresa en cuanto estructura organizativa, así como las funciones desarrolladas en torno a esta última, dan cumplida cuenta de los rasgos que caracterizan la estandarización contractual y contribuyen a esclarecer las razones de la especialidad de su régimen jurídico”.

²⁸³ ALFARO ÁGUILA-REAL, *op. cit.* p. 81.

²⁸⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, *op. cit.*, p. 81: “El Derecho de las condiciones generales se diferencia del derecho contractual sobre todo por los diferentes límites a la validez de los pactos contractuales y de las condiciones generales. Mientras los pactos contractuales están sometidos —en general— únicamente a la ley imperativa, la moral y el orden público (art. 1255 CC) como límites genéricos de la libertad contractual, las condiciones generales sólo son válidas si son conformes con la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones (art. 10.1. c) LCU).”. Añadiríamos nosotros, recordando la cita de ATAZ LÓPEZ, J. y RAMOS SALELLES CLIMENT, J., que los límites que impone el artículo 1255 del CC a la autonomía de la voluntad en el diseño del contrato son de carácter negativo, consagrando la validez de la autonomía privada salvo que vulnere los límites expuestos, en el caso de las condiciones generales de la contratación la delimitación es positiva: es válida la cláusula si se ajusta a las reglas de la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones. Diferencia que no es menor, porque se legitima únicamente la cláusula negocial impuesta si se ajusta a estos límites externos, como veremos seguidamente; causa de la diferencia de regulación no es otra que la ausencia de negociación efectiva, la predisposición de la cláusula cuestionada.

del contrato por el adherente es inexistente, si quiere contratar, y ello es caldo de cultivo de la introducción de *cláusulas abusivas*.²⁸⁵.

El control de la validez de las condiciones generales de la contratación se halla íntimamente ligado a la cuestión discutida sobre la naturaleza de aquellas. Que la posición de dominio o superioridad de uno de los contratantes, o las justificaciones basadas en razones de eficiencia, economía o rapidez, expliquen el fenómeno de irrupción de las condiciones generales de la contratación no da, sin embargo, respuesta adecuada a la vinculación del adherente en todo caso a las citadas condiciones, especialmente respecto de aquellas que no cumplen los requisitos legales de incorporación o transparencia²⁸⁶. Nos encontramos ante un auténtico modo de contratar que

²⁸⁵ Para MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2015), “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios” en *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucio*, ARELLANO GÓMEZ, F.J./ DÍAZ GÓMEZ, M.J. (coord.), Junta de Andalucía, Consejería de Fomento y Vivienda, disponible en WEB, p. 31 “cuando la ley considera nulas las llamadas cláusulas abusivas no lo hace sólo por su contenido, sino por el procedimiento contractual y la condición de los contratantes. Se trata de un control específico de validez que efectúa la ley por razón del procedimiento empleado al establecer derechos y obligaciones de las partes y por razón de las personas de los contratantes. Este control es más riguroso que el general. El control general de validez de los contenidos contractuales se efectúa por medio de las leyes imperativas, la moral y el orden público (art. 1255). En el control de las llamadas cláusulas abusivas tienen importancia decisiva el derecho dispositivo y la buena fe”.

²⁸⁶ En relación a la naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación una primera tesis denominada normativa, pretendió asimilarlas al derecho consuetudinario, funcionando de forma similar a las normas de derecho supletorio del artículo 1258 CC. Para estas teorías no puede existir contrato allí donde no existe una negociación efectiva de los contratantes, sino imposición por uno de ellos, por lo que no son equiparables consentimiento y acto de adhesión. La reacción frente a estas tesis viene de la mano de las llamadas tesis contractuales, que descartan el carácter normativo de las condiciones generales de la contratación, porque supondría atribuir capacidad legislativa a grupos de empresas o profesionales, colisionando con el texto constitucional. No aprecian asimismo la semejanza con los usos mercantiles o con el derecho consuetudinario mercantil, que derivan precisamente de la negociación entre empresario y cliente, mecanismo de conformación del uso diferente al de la contratación bajo condiciones generales. De ahí que la única justificación de la naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación sea la libertad de contratar, *aceptando* las condiciones impuestas, y desde ese momento las mismas se incorporan al contrato, forman parte del contrato y despliegan eficacia contractual, sin perjuicio de los límites legales que le sean impuestos. Existen además tesis intermedias, como la sostenida por GARRIGUES que distingue entre condiciones generales de la contratación y condiciones generales de los contratos, asimilando las primeras a los usos mercantiles, derecho objetivo supletorio del contrato, desplegando eficacia incluso frente a terceros, y las segundas, que sólo adquieren eficacia vinculante en tanto resulten incorporadas al contrato mediante la aceptación del adherente. Mención especial requiere la tesis declarativa de ALFARO, para quien ni puede justificarse una delegación normativa al predisponente, ni las condiciones generales se asimilan a normas o usos consuetudinarios, ni el consentimiento contractual prestado en un contrato individualmente concertado es asimilable al contrato por adhesión. Las condiciones generales sólo son válidas en la medida que reflejen o declaren el derecho aplicable y sirven o funcionan como integración del contrato cuando su contenido se adecua a la ley, la costumbre y la buena fe, “El fundamento de la validez de las condiciones generales se encuentra en las fuentes ordinarias del Derecho, incluida la función complementadora de la jurisprudencia (art. 1.6 CC) que lleva a cabo, en la mayor parte de los casos a través de la aplicación del art. 1258 CC como sede de las fuentes de integración contractual. Con ello no quiere decirse que las condiciones generales sean fuente de integración del contrato per se sino que su contenido ha de venir formado por las normas que constituyen –ellas sí –las fuentes de integración del contrato. Como se ve, esta propuesta lleva a declarar ineficaces, precisamente aquellas

presupone que una de las partes controla no sólo el diseño contractual y el *iter* de la negociación, sino, y especialmente, la información previa a la celebración del contrato. La legitimidad del contenido íntegro del contrato no puede por ello venir fundamentada de forma exclusiva en el principio de la autonomía de la voluntad, de forma que obligue el íntegro contenido del contrato por haber consentido o admitido la contratación. La legitimidad del contenido contractual se sitúa en límites internos al propio contrato: la buena fe contractual y la proscripción del desequilibrio grave entre los contratantes²⁸⁷.

condiciones generales cuya fuente exclusiva de validez pretende descansar en la adhesión del cliente y declarar válidas aquellas cuya fuentes de validez descansan en las normas legales, consuetudinarias y derivadas de la buena fe”, ALFARO, *op. cit.* pp. 104-105. También LLODRÁ GRIMALT, F. (2002), *El contrato celebrado bajo condiciones generales. Un estudio sobre los controles de incorporación y contenido*, Tirant lo Blanch, Valencia, consultado on line, “para exponer nuestra postura en esta cuestión partiremos de la afirmación de la teoría declarativista en orden a que las cgc no pueden hallar su fuente de validez en la simple adhesión del cliente, sino que la fuente de validez de las mismas descansa en normas legales, consuetudinarias y derivadas de la buena fe partiremos de la afirmación de la teoría declarativista en orden a que las cgc no pueden hallar su fuente de validez en la simple adhesión del cliente, sino que la fuente de validez de las mismas descansa en normas legales, consuetudinarias y derivadas de la buena fe”. Reacciona PAGADOR LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 652-654, a la tesis expuesta reafirmando el carácter contractual de las condiciones generales de la contratación como justificación de su eficacia obligatoria. Para el legislador del Código Civil no todas las cláusulas contenidas en el contrato son iguales ni tienen la misma trascendencia, sin que por ello pierdan su carácter contractual, o unas sean más contractuales que otras; y de otro lado, el estricto control del contenido impuesto al contrato celebrado bajo condiciones generales de la contratación resulta de la distinta libertad en la formación del contrato: existe libertad de decisión pero no de configuración por el adherente. Por ello la cláusula impuesta habrá de respetar las reglas del derecho dispositivo o en su defecto las exigencias de la buena fe: “las condiciones generales de la contratación deben considerarse estipulaciones contractuales, bien de rango secundario o accesorio por contraposición a las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato. Tal carácter secundario o accesorio de las condiciones generales, en cuanto estipulaciones de naturaleza contractual, se explica porque típicamente puede apreciarse en ellas la existencia de libertad de decisión, pero no de libertad de configuración negocial que da cuenta de la imposición *ex lege* y sometimiento de ellas a unos límites de validez singularmente estrictos y sustanciados en el llamado control de contenido y de la imposibilidad de aplicar, respecto de ellas, técnicas de reducción conservadora de la validez en caso de que sean declaradas parcialmente nulas”, *op. cit.* P p. 660-661.

²⁸⁷ ORDUÑA MORENO, F.J. (2016), *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 10. ha sostenido que las condiciones generales de la contratación constituyen un auténtico modo de contratación diverso del tradicional modelo de contrato de nuestro Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar la validez y eficacia última, no tanto en el consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual, en orden a un equilibrio prestacional y comprensibilidad real del marco de las condiciones generales, en sí mismas consideradas. Esta conceptualización de las condiciones generales como una genuino y propio modo de contratación, que tiene su base en la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo, explicaría el control del contenido de las condiciones generales como manifestación del orden público económico como fundamento dinamizador del nuevo contenido y función que desempeñan los principios de buena fe y de conmutatividad en la ordenación del tráfico patrimonial seriado: el principio de buena fe como fundamento del deber de transparencia en la negociación y el reforzamiento del justo equilibrio en las contraprestaciones como reflejo de la conmutatividad del contrato, ORDUÑA, *op. cit.* p. 18.

Partiendo de la actual doctrina del Tribunal Supremo sobre el deber de transparencia, ORDUÑA sostiene que las condiciones generales que la validez y eficacia última de las condiciones generales descansa, no tanto en el consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual, en orden a un equilibrio prestacional y comprensibilidad real del marco de las condiciones generales, en sí mismas consideradas²⁸⁸, lo que explicaría el control del contenido de las condiciones generales como una manifestación del orden público económico: el principio de buena fe como fundamento del deber de transparencia en la negociación y el reforzamiento del justo equilibrio en las contraprestaciones como reflejo de la conmutatividad del contrato²⁸⁹.

²⁸⁸ ORDUÑA MORENO, F.J. (2016), *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 10.

²⁸⁹ ORDUÑA MORENO, F.J., *op. cit.* p. 18. BALLESTEROS GARRIDO J.A. (2005), *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, Edit. Bosch, Barcelona, considera igualmente que nos encontramos ante un auténtico modo de contratar autónomo, porque el diseño tradicional del contrato ha quedado obsoleto para la nueva realidad social que conlleva el fenómeno de las condiciones generales de la contratación. A su juicio, y aunque se acepte la tesis contractualista como explicación de la naturaleza jurídica y de la fuerza obligatoria de las condiciones generales de la contratación, aún queda por determinar, de un lado, la naturaleza del acto mismo de creación de las condiciones generales antes de su incorporación al contrato; y en segundo lugar, y especialmente, la cuestión de la asimilación de la adhesión al consentimiento contractual, debiendo revisarse hasta donde es válida dicha asimilación en relación a la fuerza obligacional de las condiciones generales. De la primera cuestión va a derivarse el establecimiento de los medios de control abstracto de las condiciones generales y de la segunda la propia cualificación como contrato de los suscritos bajo condiciones generales. El citado autor postula como solución al problema de la naturaleza jurídica de las condiciones generales la doctrina de las expectativas razonables. Partiendo del hecho admitido de que el adherente con el acto de adhesión no presta consentimiento expreso a todas las condiciones generales introducidas en el contrato, bien por no conocerlas, bien por no comprenderlas o no poder evitarlas, no puede equipararse sin más el consentimiento contractual al acto de adhesión a los efectos de la vinculación del contrato al adherente. Por ello “el contrato estará constituido por las prestaciones esenciales pactadas, los demás extremos específicamente acordados y por las expectativas razonables del adherente, porque esto es lo que queda incluido en el ámbito de la declaración negocial del adherente y lo que debe seguirse, de acuerdo con la buena fe, de la actuación del predisponente. Las condiciones generales serán eficaces sólo en tanto se ajusten a estas expectativas y precisamente por ser su reflejo, es decir, por expresar el contenido de la voluntad contractual de las partes. Fuera por ello de los elementos esenciales lo fundamental para determinar la eficacia de las condiciones generales será lo que el adherente razonablemente espera, cree, razonable y legítimamente que está contratando. Estas expectativas han de haberse formado de manera objetivamente razonable, esto es, debe rechazarse la falta de una diligencia media en la formación de las expectativas. Cuando exista una discrepancia entre el contenido de las condiciones generales y las expectativas razonables formadas por el adherente, de buena fe, existirá una responsabilidad en el oferente por falta de información. Es esencial para el autor el deber de informar que adquiere el oferente de forma que se responsabiliza al oferente de la apariencia creada por la nula o defectuosa información ofrecida, obligándole a asumir sus efectos y dar satisfacción a las expectativas que razonablemente se hubiera formado su clientela, con lo que no es necesaria la nulidad del contrato, sino la reconstrucción del mismo de acuerdo con las legítimas expectativas creadas. La buena fe se perfila como principio esencial porque “las condiciones generales sólo serán válidas cuando hayan sido dispuestas de buena fe, esto es, recopilando los derechos y deberes de las partes conforme al Derecho dispositivo y con las modificaciones que desee introducir el predisponente razonablemente y previa la debida información al adherente”. Se asimila, pensamos, la tesis del autor indicado a la regla de las cláusulas sorprendentes desarrollada por PAGADOR LÓPEZ en la obra citada.

Los deberes impuestos al oferente en la contratación se extienden a la fase precontractual, a través de un deber de información previo al adherente dirigido a conformar un verdadero consentimiento contractual. Para LASARTE “durante la fase precontractual, los deberes de información vendrían a ser elementos necesarios para formar y conseguir un correcto consentimiento contractual, desempeñando pues un papel activo y positivo, en contra de lo que tradicionalmente han requerido los Códigos (que han exigido sólo un rol negativo, por decirlo de algún modo, garantizando la libertad del consentimiento siempre que no existiera error o no hubiera habido dolo...) en la formación del contrato”²⁹⁰. Introducir entre las obligaciones del profesional el deber de información precontractual cuando contrata con consumidores bajo condiciones generales, y derivar del incumplimiento de dicho deber las consecuencias del control del contenido del clausulado, supone un paso más en el estudio de la fuerza obligacional del contrato de adhesión.

Nuestro Código Civil no contiene regulación expresa sobre los deberes precontractuales de información, atribuyendo a cada uno de los contratantes la obligación o la diligencia correspondiente en orden a procurarse la información sobre los extremos relevantes de la contratación que afronta. Sin embargo, en el ámbito de la contratación bajo condiciones generales existe una asimetría real y social en relación a la información que cada contratante tiene en relación al contenido del contrato²⁹¹. El dominio de la información

Para dicho autor la función de esta regla estriba en “evitar que el cliente se vea sorprendido a consecuencia de la introducción por el predisponente de cláusulas cuya existencia no podía ser razonablemente esperada por aquél. En este sentido, la regla de las cláusulas sorprendentes supone, abiertamente, un reconocimiento legal de que la conducta típica de los adherentes –la falta de lectura y conocimientos efectivos de las condiciones generales –no puede serles reprochada, porque es razonable que actúen así, y un intento de garantizar que, pese a ello, el cliente puede confiar en el contenido honrado de las condiciones generales”, *op. cit.* p. 256; aun cuando para PAGADOR se trata de un requisito negativo, vinculado por tanto al control de inclusión, de forma que la cláusula insólita, de no haber venido precedida de la información previa al consumidor, se tendrá por expulsada o excluida del contrato, no procediendo a la reconstrucción del mismo con el contenido razonable esperado por el consumidor.

²⁹⁰ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *La protección del consumidor como principio general del derecho*, en *Nuevos derechos fundamentales en el ámbito del derecho privado*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, p. 77.

²⁹¹ Esa asimetría, generalmente aceptada, provoca desigualdad, porque puede generar equivocación a los en los consumidores, no sólo a través de déficit de información, sino de lo que se ha llamado por racionalidad imperfecta. Lo glosa DE LA MAZA GARMURRI, I. (2010), “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”, *Revista*

por parte del predisponente y las dificultades de acceso del consumidor a dicha información, o más aún, a la comprensión de la misma, demuestra que la idea de que cada contratante ha de procurarse su propia información para la contratación y la exigua protección del error del consentimiento o de los vicios redhibitorios en el Código Civil, son claramente insuficientes para la protección del consumidor en este tipo de contratos²⁹².

de Derecho, Universidad Católica del Norte, p. 28, nota 15, “Los consumidores se enfrentan a cuatro tipos de problemas en este ámbito. El primer problema tiene que ver con lo que se denomina racionalidad limitada (*bounded rationality*). En forma sumaria, la racionalidad limitada significa que los seres humanos disponen únicamente de capacidades computacionales limitadas y una memoria seriamente defectuosa. Un ejemplo de lo anterior, sugerido por Tversky y Kahneman, es que la gente tiende a concluir que los accidentes de automóviles son mucho más frecuentes de lo que en realidad son si es que han presenciado uno recientemente (citado en JOLLS, C., SUNSTEIN, C. y THALLER, R., “A Behavioral Approach to Law and Economics”, en Sunstein, C. (ed), *Behavioral Law & Economics*, Cambridge University Press, Nueva York, 2000, pp. 14-15). Un análisis más detallado de las limitaciones a la racionalidad del modelo económico neoclásico en el caso de los consumidores puede encontrarse en HANSON, J. y KY SAR, D., “Taking Behavioralism Seriously: Some evidence of Market Manipulation”, *Harv. L. Rev.*, vol. 112, *passim*). Según dicho análisis, los consumidores rara vez acumulen toda la información necesaria. Esto incidiría, por ejemplo, en que no se detengan sobre la distribución de los riesgos remotos en un contrato por adhesión. El segundo problema es que las personas suelen tener dificultades para tomar aquellas decisiones que involucran la consideración de un número amplio de factores. Esto significa que, enfrentado a un contrato que involucra una pluralidad de factores, el consumidor tenderá a concentrarse únicamente en algunos de ellos, probablemente los más evidentes como el precio o el número de cuotas en que puede ser pagado dicho precio, dejando los demás de lado. El tercer problema es que, basados en estudios empíricos, algunos psicólogos sostienen que las personas suelen hacer inferencias consistentes con aquello que desean creer, interpretando información ambigua de manera que se acomode a sus creencias y deseos. Este fenómeno, una especie de disonancia cognitiva, puede implicar que los consumidores no consideren cierta información – respecto, por ejemplo a la distribución de riesgos realizada a través del contrato – pues esta tiende a desacreditar la decisión original del consumidor de comprar el producto. Finalmente, el cuarto problema es que existe alguna evidencia respecto a que los sujetos tienden a subestimar los riesgos que ellos mismos toman. En el problema que ocupa estas líneas, esto significa que los sujetos tienden a sobrestimar su capacidad de evaluar los riesgos incluidos en este tipo de acuerdos. En este sentido –y respecto a la responsabilidad por productos defectuosos– CALABRESI, G. (El costo de los accidentes, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, p. 71) ha expuesto este argumento en la siguiente forma: “Aún cuando los individuos contarán con los datos necesarios para evaluar el riesgo [de un producto], serían incapaces, psicológicamente, de hacerlo. Se afirma que la gente no suele apreciar, racionalmente, la probabilidad de morir o la de sufrir un accidente grave. Estas cosas les ocurren a los demás –pensamos–; y no hay forma de que nos persuadan de que también pueden sucedernos a nosotros por muchas estadísticas que nos muestren”.

²⁹² “El Código Civil carece de una regla que imponga deberes precontractuales de información, pero, tal y como acabamos de comprobar, no carece de preceptos que solucionan conflictos en los que se han visto (o podido ver) involucrados deberes precontractuales de información. Cuando el codificador permite anular el contrato al contratante que yerra sobre las cualidades del objeto, cuando ofrece la estimatoria y la redhibitoria al comprador que descubre vicios ocultos en el objeto comprado, o cuando ofrece un conjunto de remedios por incumplimiento al producirse un desajuste entre la prestación esperada y la recibida, está resolviendo conflictos que pueden ser, total o parcialmente, informativos. El Código es ajeno a un hipotético supuesto de hecho que podría denominarse «violación de deberes precontractuales de información», por lo que, si queremos construirlo, habría que hacerlo a partir de los supuestos de hecho de los vicios del consentimiento, de los vicios ocultos y de la responsabilidad por incumplimiento contractual, en el contexto de los deberes de conducta impuestos por el principio de buena fe” BASOZÁBAL ARRUE, X. (2009), “En torno a las obligaciones precontractuales de información”, *Anuario de Derecho Civil*, pp. 664-665.

Manifestaciones de estas obligaciones precontractuales de información son para ALONSO PÉREZ, M.T. (2012), “La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudio de Derecho Contractual Europeo). En particular, sus diferencias con las obligaciones

Para BASOZÁBAL, sin embargo, no se trata de establecer unas obligaciones precontractuales de información que deriven de la condición de

precontractuales de información y su función en orden a la determinación del objeto u objetos del contrato”, *InDret*, los arts. 18, 20 o 60 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –aprobado por Real-Decreto Legislativo 1/2007–10 en el artículo 5 de la Directiva 2011/83 de 25 de octubre de 2011 sobre derechos de los consumidores, las impuestas para proteger al adquirente de vivienda en el RD 515/1989 y otras normas autonómicas. Como obligaciones de información precontractual propias de los contratos de servicios, podemos citar las establecidas en el artículo 22 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al mercado interior de servicios –y en el art. 22 de la Ley española 17/2009 que la incorpora. Hay que señalar que esta Directiva declara, en el párrafo 90 de su preámbulo, la intención de no entrar a regular ningún aspecto del contrato de servicios, sin embargo, no puede evitarlo del todo estableciendo una serie de obligaciones legales de información en la fase precontractual.

El artículo 60 del TRLGDCU establece la obligación de información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, por tanto, también sobre el objeto principal del mismo:

1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

2. Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además:

a) Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios.

b) La identidad del empresario, incluidos los datos correspondientes a la razón social, el nombre comercial, su dirección completa y su número de teléfono y, en su caso, del empresario por cuya cuenta actúe.

c) El precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, la forma en que se determina el precio así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales.

En toda información al consumidor y usuario sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio total, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación, utilización de distintos medios de pago u otras condiciones de pagos similares.

d) Los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio.

e) Además del recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes, la existencia y las condiciones de los servicios posventa y las garantías comerciales.

f) La duración del contrato, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución. Además, de manera expresa, deberá indicarse la existencia de compromisos de permanencia o vinculación de uso exclusivo de los servicios de un determinado prestador así como las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio.

g) La lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando no sea aquella en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.

h) La existencia del derecho de desistimiento que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.

i) La funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional.

j) Toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que conozca, como son, entre otros, el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos.

k) El procedimiento para atender las reclamaciones de los consumidores y usuarios, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos prevista en el artículo 21.4.

El artículo 61 del TRLDCU establece la integración del contenido de la oferta, promoción y publicidad en el contrato. Por su parte el artículo 65 permite la integración del contenido del contrato a favor del consumidor también en el supuesto de la omisión de la información precontractual.

consumidor de una de las partes y de profesional de otra, sino de protección de la confianza creada en la contratación por la apariencia de la información que se suministra en el contrato celebrado bajo condiciones generales: “La cuestión es si esa confianza se encuentra jurídicamente justificada, si se ha despertado de forma legítima por parte de quien espera la información, lo que dependerá, en primer lugar, de la relación contractual que les una, y en segundo lugar, del comportamiento expreso o tácito del potencial deudor de la información” ²⁹³. Se trata de imponer al predisponente un deber de información previo que excede del mero control formal de inclusión y cuya infracción va a conllevar un auténtico control sustancial o de contenido, a través del llamado control de transparencia, impulsado en nuestro Derecho por el Tribunal Supremo, especialmente a partir de la conocida sentencia de 9 de mayo de 2013.

El estudio de nuestra jurisprudencia en materia de control judicial de las condiciones generales de la contratación evidencia, sin embargo, un lento despertar desde un apego excesivo al dogma de la autonomía de la voluntad, que ha silenciado situaciones abusivas, finalmente desveladas a través de las reclamaciones masivas frente a consumidores provocadas por la crisis económica. A esta evolución dedicamos las siguientes líneas.

4.2. Desarrollo jurisprudencial de la contratación a través de condiciones generales

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha experimentado una notable evolución en la de las condiciones generales de la contratación y la protección del consumidor adherente. Las posiciones iniciales del Alto Tribunal son restrictivas a la hora de considerar el requisito de la imposición y de valorar los controles de incorporación o de contenido de las condiciones generales. Se produce posteriormente un revulsivo cambio en la

²⁹³ BASOZÁBAL ARRUE, X. *op. cit.* p. 687.

interpretación jurisprudencial que acaba por conceptualizar al contrato de adhesión bajo condiciones generales de la contratación como una autónoma manera de contratar, y en base a dicho mecanismo de contratación, se imponen y desarrollan los controles al predisponente para la validez del clausulado.

La sentencia de 20 de noviembre de 1996²⁹⁴ resolvía sobre la nulidad de ciertas estipulaciones contenidas en un contrato de cuenta corriente, habiendo fallado el juzgado de primera instancia contra el demandante, por estimar que no había probado la imposición del clausulado. El demandante estimaba que la carga probatoria que el juzgado le trasladaba constituía una probatio diabólica. El TS contrasta el texto del artículo 10 bis de la entonces vigente Ley para la defensa de consumidores y usuarios con la Directiva 93/13/CE estimando que las exigencias de nuestro texto legal eran superiores en orden a considerar que nos encontrábamos ante un contrato de adhesión:

“Ciertamente que la Directiva 93/13 ha de servir de guía para la interpretación de los Derechos nacionales vigentes tanto anteriores como posteriores para alcanzar el resultado a que se refiere cuando no se haya adaptado el derecho interno a la misma, pero sin que sea aplicable directamente en cuanto confiere derechos a los particulares respecto de otros. Así lo dice el Tribunal de Justicia C.E. en la sentencia de 14 de julio de 1994 (asunto Faccini Dori contra Recreb Srl, C-91/92). Es obvio que esa interpretación no permite abrogar los requisitos objetivos y subjetivos exigidos en el art. 10.2 Ley 26/1.984, para en su lugar acoger el concepto amplísimo de cláusula contractual abusiva que se contiene en el punto 3 de la Directiva 93/13. En él basta que el consumidor "no haya podido influir sobre su contenido", a propósito de cláusulas redactadas previamente, lo que convierte en realidad a todo contrato de adhesión en particular receptor de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, como así viene a reconocerlo el apartado 2 del citado punto 3. En cambio, el art. 10.2 de nuestra Ley 26/1.984 requiere

²⁹⁴ ROJ STS 6517/1006.

que la aplicación "no pueda evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate". No es suficiente, pues, que el consumidor o usuario no haya podido influir sobre el contenido de la cláusula, se le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva. La LGDCU se muestra así más restrictiva, no basta que existan cláusulas prerredactadas unilateralmente, y cualquiera que fuese la opinión que se tenga sobre el acierto o desacierto del legislador, no hay duda de que esta Sala sólo se encuentra vinculada al precepto legal, y ha de aplicarlo en su integridad”²⁹⁵.

²⁹⁵ Sobre la interpretación *pro consumatore* que para el demandante derivaba del artículo 51 CE, el TS sostiene que “no basta, según se ha expuesto en los fundamentos jurídicos anteriores, firmar sin tan siquiera leer el contenido del contrato, para tener el arma con la que iniciar un pleito”. Si bien la doctrina era más flexible cuando el contenido de la sentencia se refería a la imposición de cláusulas de sumisión expresa. La STS de 4 de mayo de 1998 (ROJ: 2806/1998), en doctrina reiterada, sostiene: “Así la sentencia de esta Sala de 23 de septiembre de 1996, con apoyo en la directiva de la Comunidad Económica Europea nº 93/13 de fecha 3 de abril de 1993, establece que en el artículo 3º de la misma se definen las cláusulas abusivas de la siguiente forma: " Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, se considerarán abusivas si, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente, cuando haya sido redactada previamente, y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en contratos de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba. El anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas... Q) Suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción o arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición... etc. artículo 6º. Los Estados miembros establecerán que no vinculan al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional.. etc". La transcripción literal de la mencionada Directiva hace innecesarias mayores argumentaciones, debiendo únicamente añadir, que la cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato básico de adhesión, ciertamente que es abusiva, pues origina un desequilibrio para los usuarios de los servicios de mantenimiento de los ascensores, distribuidos por toda España, obligándoles a defenderse y litigar en Madrid, con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal, proposición y practica de prueba, desplazamientos, etc.; y un correlativo benéfico para la entidad ahora demandante, que no obstante tener negocios en numerosas poblaciones, cómodamente centraliza sus reclamaciones judiciales en la capital de España, donde, con un evidente ahorro económico, tiene garantizada su asesoría jurídica. La nueva legislación y este razonamiento motivaron la nueva orientación jurisprudencial que representan las sentencias de fecha 23 de julio de 1993, de 20 de julio de 1994, 12 de julio 1996 y 14 de septiembre de 1996. A este criterio interpretativo se llega también por aplicación de la doctrina de abuso del derecho y los criterios de la Ley de Consumidores y Usuarios. Este criterio se ha seguido posteriormente, en varias sentencias que ratifican la precedente doctrina, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998.” En el mismo sentido la STS 9 de julio de 1999 (ROJ: STS 4946/199). Como sostiene PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto...* op. cit. p. 231, las particularidades de la cláusula de sumisión expresa justifican que desde la STJUE de 27 de junio de 2000 (sentencia Océano Grupo Editorial contra Murciano Quintero) se admita la nulidad de oficio de dichas cláusulas: la cláusula de sumisión expresa, por su naturaleza, vinculan al juzgador, al apreciar de forma imperativa su propia competencia, pero sobre todo, estas cláusulas forman parte de la llamada *lista negra*, siendo abusiva sin posibilidad alguna de valoración. La doctrina se reitera en otras sentencias posteriores. Así la STS de 28 de febrero de 2002 (ROJ: STS 1431/2002): “no es suficiente con que el consumidor o usuario no haya podido influir sobre el contenido

Un número importante de las resoluciones del Alto Tribunal sobre las condiciones generales de la contratación se producen en la interpretación del artículo 3 de la ley de contrato de seguros y las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. Se proclama el principio de interpretación *contra proferentem*²⁹⁶, que resulta del artículo 1288 del CC pero también de la LCGC, declarándose la preferencia del régimen de protección que dispensa la LDCU respecto de la normativa contenida en la Ley de Contrato de seguros en cuanto sea más beneficiosa para el asegurado que reúna la condición de consumidor²⁹⁷. En este ámbito del contrato de seguro se acoge por el TS la doctrina alemana sobre la invalidez de las cláusulas sorprendivas. La STS de 17 de octubre de 2007²⁹⁸ define la cláusula sorprendiva como aquella cláusula

de las cláusulas, pues se le exige que no haya podido eludir su aplicación. En otras palabras, no una actitud meramente pasiva”.

²⁹⁶ STS nº 1087/2003 de 20 de noviembre (ROJ: STS 7334/2003): “Como dice la sentencia de 7 de diciembre de 1998 “es doctrina reiterada de esta Sala, tanto la emitida antes de la vigencia de la Ley de Contrato de Seguro como la posterior, que las dudas interpretativas sobre los contratos de seguro habrán de resolverse en favor del asegurado dada la naturaleza del contrato de adhesión que los mismos ostentan que hace que las cláusulas oscuras del contrato hayan de recaer sobre quien las redactó (art. 1288 del Código Civil), interpretación jurisprudencial que deriva del art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro Legislación citada LCS art. 3”; la sentencia de 8 de noviembre de 2001 señala que “esta norma (se refiere al art. 1288 del Código Civil) establece la regla “*contra proferentem*”, según la cual la interpretación de las cláusulas oscuras o contradictorias de un contrato no debe favorecer a la parte que lo ha redactado originando tal oscuridad; a la inversa, si favorecerá a la parte que no lo ha redactado; ello, aplicado a los contratos de adhesión, que uno de los más típicos es el de seguro, es que la duda en la aplicación de una cláusula oscura o contradictoria se interpretará en favor del adherente, es decir, el asegurado. Lo cual ya había sido proclamado por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y ha sido posteriormente repetido por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación”.

²⁹⁷ STS nº 475/2006 de 3 de mayo (ROJ: STS 2873/2006): “La Ley de Contrato de Seguro de 1980 tuvo la clara intención de tutelar a los asegurados como contratantes más débiles, con el propósito de equilibrar la posición que de hecho tienen las partes en el contrato de seguro, y para ello declaró que sus preceptos tenían el carácter imperativo a no ser que dispusieran otra cosa, siendo no obstante válidas las cláusulas contractuales que fueran más beneficiosas para el asegurado. Pero al margen de esta modificación legislativa, ha de hacerse referencia a que ya la promulgación de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios en 1984, implicó una protección adicional en cuanto que había de aplicarse a los contratos de seguro en aquellos supuestos en los que el asegurado fuera considerado como consumidor en el sentido de esa Ley, en tanto en cuanto pudiera ofrecer en un determinado caso concreto una condición más beneficiosa que la contenida en la Ley de Contrato de Seguro. Esta protección se ha incrementado con la modificación de la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , que se ha llevado a cabo por la Ley 7/1998, de 13 de Abril, de Condiciones Generales de la Contratación, la cual ha dado una nueva redacción a su artículo 10 sobre las cláusulas no negociadas individualmente con los consumidores y también mediante la adición de un artículo 10 bis relativo a las cláusulas abusivas, cuya enunciación se ha detallado en la disposición adicional primera de la referida Ley de los Consumidores , que parte de la declaración genérica de la nulidad de las cláusulas contrarias a las exigencias de la buena fe que causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de los asegurados. Principios de buena fe y de equilibrio en las prestaciones que son fundamentales en el régimen de las obligaciones y contratos, más fácil de valorar el primero con relación al contrato de seguro que el del equilibrio en las prestaciones, dada la dificultad, en especial desde la perspectiva del asegurado, de la correspondencia adecuada entre la prima y el riesgo asumido por el asegurador”.

²⁹⁸ ROJ: STS 6164/2007.

“en virtud de la cual se negaba la validez de aquellas disposiciones cuya presencia en el contrato podía considerarse razonablemente como una sorpresa para el cliente, cuya regla puede enunciarse en el sentido de que no se consideran incorporadas al contrato aquéllas que, de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la propia naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar racionalmente con su existencia; por consiguiente, se procura evitar que el tomador del seguro o el asegurado se encuentren sorprendidos a consecuencia de la adición por el predisponente de cláusulas cuya existencia no cabía que fuera esperada fundadamente por aquél”, cláusulas que tienen previsión legislativa en la LCGC y en la LCS²⁹⁹.

La STS de 14 de noviembre de 2008³⁰⁰ abordaba en casación la pretensión de nulidad de ciertas cláusulas de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de la LCCG. Para el TS la falta de previsión en la ley sobre la eficacia retroactiva de sus normas impide aplicar los preceptos invocados por la parte. La cita de la LGDCU constituye un hecho nuevo en casación, y no habiéndose oído con anterioridad a la contraparte, rechaza el entrar a valorar sobre la nulidad por abusividad pretendida por los recurrentes (se sostenía la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y de los intereses).

El concepto de contrato de adhesión lo ha confrontado el TS con el principio de libertad contractual del artículo 1256 del CC, declarando la

²⁹⁹ La Sentencia del Pleno de 11 de septiembre de 2006 (ROJ: STS 6597/2006) explica que “Póliza y Condiciones Generales no son la misma cosa, distinción que es manifiesta en el art. 3 de la Ley (STS 26 febrero 1997). Y si el contrato se integra con condiciones generales, estas habrán de incluirse necesariamente en la Póliza, como auténticas cláusulas contractuales, cuya fuerza vinculante para el tomador radica en la aceptación y mutuo acuerdo de voluntades”, y más adelante razona que la legitimidad de la inclusión de las cláusulas de delimitación del riesgo en las condiciones generales reside en la observancia de los requisitos de incorporación: “esta doctrina no sería posible si no se dieran determinados presupuestos que tienen que ver con el control de inclusión, a que se refiere el artículo 3 de la LCS, respecto de todas las condiciones generales, atendiendo al carácter inexcusable de estos contratos como contratos masa y de adhesión, a los fines de facilitar al adherente su efectivo conocimiento y de que quede vinculado por su contenido. Y ello exige que su redacción sea clara y precisa, y que sean conocidas y aceptadas por el asegurado para lo cual resulta suficiente que en las condiciones particulares, por él suscritas, se expresen, de la misma forma clara y precisa, que conoce y ha recibido y comprobado las condiciones generales, cuando no se trata de condiciones que restringen los derechos de los asegurados”.

³⁰⁰ ROJ: STS 598/2008.

fuerza obligatoria del mismo, sin perjuicio del control del contenido cuando el adherente es consumidor. En la sentencia de 22 de diciembre de 2008³⁰¹ el Tribunal sostiene que la circunstancia de que el contenido del contrato haya sido establecido por una sola de las partes no menoscaba su validez siempre que la otra lo haya aceptado prestando libremente su consentimiento (SSTS 30 de mayo de 1998, 21 de marzo de 2003, 18 de febrero de 2004, 24 de octubre de 2007, rec. 4352/2000).³⁰² El contrato de adhesión se considera válido como regla general “sin perjuicio de que algunas de sus cláusulas puedan declararse nulas por abusivas, especialmente para proteger a los consumidores y usuarios; que, por tanto, la circunstancia de que el contenido del contrato haya sido establecido por una sola de las partes no menoscaba su validez siempre que la otra lo haya aceptado prestando libremente su consentimiento”³⁰³.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las condiciones generales de la contratación y el control de oficio por parte del juzgador de su clausulado cuando se trata de condiciones generales insertas en contratos celebrados por consumidores, tiene como punto de inflexión la sentencia de 9 de mayo de 2013³⁰⁴, la conocida sentencia sobre la cláusula suelo, que con cita en la sentencia de 18 de junio de 2012³⁰⁵, caracteriza a la contratación bajo

³⁰¹ ROJ: STS 7426/2008.

³⁰² En el caso examinado no se celebró el contrato con un consumidor, pese a lo cual el Tribunal ratifica el control del contenido del contrato por el régimen de monopolio de facto de la SGAE respecto de los contratos tipos celebrados: “Estas circunstancias permiten entender que ha existido un escaso o nulo margen por parte de la demandada para su modificación por medio de la negociación contractual y no comportan, en consecuencia, restricción alguna para el examen crítico de las cláusulas pactadas desde el punto de vista de la exigencia de razonabilidad impuesta por la ley”. La STS de 21 de marzo de 2003 (ROJ: STS 1968/2003), define el contrato de adhesión como aquel en que “la esencia del contrato, y su cláusula, han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que esta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente) –Sentencias 28 de noviembre de 1987 y 13 de noviembre de 1998-. Son los redactados únicamente por una de las partes y en los que a la otra solo le es permitido la manifestación de su aceptación o, eventualmente, de su rechazo –S. 27 de julio de 1999-. No obsta que la reglamentación la hubiere redactado o confeccionado una de las partes, porque esta circunstancia no hace desaparecer el carácter y la naturaleza contractual del negocio convenido libremente, pues lo relevante no es si aquella reglamentación se alcanzó con total libertad de obrar y decidir – S. 30 mayor de 1998”.

³⁰³ STS 24 de octubre de 2007 (ROJ: STS 7163/2007).

³⁰⁴ ROJ: STS 1916/2013.

³⁰⁵ ROJ: STS 5966/2012, que declara en su fundamento de derecho segundo que la normativa sobre condiciones generales de la contratación “tiene una marcada función de configurar el ámbito contractual y, con ello, de incidir en el tráfico patrimonial, de suerte que doctrinalmente puede señalarse que dicho

condiciones generales como “un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico”.

La sentencia exige la concurrencia de los siguientes requisitos para que una cláusula se considere como condición general de la contratación:

- “a) Contractualidad: se trata de “cláusulas contractuales” y su inserción en el contrato no deriva de un acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso del contrato de adhesión.
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes –aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.
- d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelo de declaraciones que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse”.

En cambio es irrelevante:

- “a) la autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualquiera otra circunstancia.
- b) que el adherente sea un profesional o un consumidor.”.

fenómeno comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico”.

Para el Tribunal Supremo la condición general “puede referirse al objeto principal” del contrato y “el conocimiento de una cláusula –sea o no condición general o condición particular– es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato”, ya que de lo contrario “no obligaría a ninguna de las partes”, pero no implica que la cláusula no sea una condición general de la contratación.

En relación a la posibilidad de decisión o elección del consumidor para que pueda hablarse de imposición de la cláusula, la sentencia, apartándose de la doctrina contenida en la STS de 20 de noviembre de 1996 citada (interpretación que para el Pleno se fundamentó en la redacción literal del art. 10.2 LCU en la fecha), y con base en el art. 3.2 de la Directiva 93/13/CE, sostiene que el carácter de imposición no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base en cláusulas predispuestas, sin posibilidad real de negociación. No se precisa “que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar”. La Ley “no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a todos los contratos que aquella o estos celebren, ni exige su inevitabilidad. Sólo que se trate de cláusulas “no negociadas individualmente”.

La imposición del contenido del contrato no se identifica con la imposición del contrato. Es el consumidor el que, ponderando su interés, en ejercicio de su libertad de contratar, debe decidir si contrata o no y con quien, ya que “una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre – razonablemente garantizada por la intervención notarial– y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo”. Y añade que “la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa”.

El Tribunal Supremo distinguirá el régimen aplicable a los contratos celebrados bajo condiciones generales, según hayan sido celebrados con

consumidores o con quienes no ostentan tal consideración. La STS de 30 de abril de 2015³⁰⁶ sostendrá que las normas relativas a la incorporación de las condiciones generales (arts. 5 y 7) y a la integración de las condiciones generales (art. 6) de la LCGC son aplicables a todo tipo de contratos celebrados bajo condiciones generales; pero el régimen de la nulidad es distinto según se integren en un contrato que se haya celebrado con consumidor o no. Si el adherente no es consumidor o usuario “sólo es aplicable la regla contenida en el art. 8.1 de la LCGC, que se limita en la práctica a reproducir el régimen de la nulidad contractual por contrariedad a norma imperativa o prohibitiva del Código Civil”, en tanto si se ha incluido en un contrato celebrado con un consumidor “es aplicable el régimen de nulidad por abusividad” del TRLGDCU y de la Directiva 93/13/CE. Por tanto “la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición de consumidor”. El adherente no consumidor, cuando las condiciones generales reúnen los requisitos de incorporación, tiene en cuanto al contenido del contrato, el mismo régimen legal que el previsto para las cláusulas negociadas, “por lo que operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1255 del Código Civil, y especialmente las normas imperativas”.

En su sentencia de 29 de abril de 2015³⁰⁷ el Tribunal Supremo matiza algunas de las conclusiones de la sentencia de 9 de mayo de 2013. En relación al requisito de la generalidad de las mismas (por estar destinadas a una pluralidad de contratos) sostiene que es innecesario a los efectos de que pueda realizarse el control de abusividad, porque “basta que no haya sido negociada individualmente (art. 82.1 y 2 TRLCU), sin que sea imprescindible que tenga el carácter de condición general de la contratación en el sentido de que sea utilizada de un modo general en la contratación, pues puede encontrarse en un contrato de adhesión que no tenga un uso generalizado”. Y reitera “que no

³⁰⁶ ROJ: STS 1923/2015.

³⁰⁷ ROJ: STS 2207/2015.

es necesario que el consumidor oponga resistencia” a la cláusula, o que “carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos” para que la cláusula sea impuesta, ni depende de que el consumidor tenga mayor o menor formación, porque no se supedita a que concurra en el consumidor “una situación de desvalimiento o ignorancia”.

4.3. Control abstracto y control concreto de las condiciones generales de la contratación en los contratos celebrados con consumidores. El modelo español

Es doctrina constante del TJUE que “el sistema de tutela instaurado por la Directiva (93/13/CE) se basa en la idea de que la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. Por tal razón, el artículo 7 de la Directiva³⁰⁸, que en su apartado 1 exige a los Estados miembros velar por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, precisa, en su apartado 2, que estos medios deben permitir a las organizaciones de consumidores reconocidas acudir a los órganos judiciales competentes con el fin de que éstos diluciden si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y lograr, en su caso, que cese su aplicación, aun cuando no hayan sido utilizadas en contratos determinados”³⁰⁹. Control preventivo que no impide sino que, al contrario, refuerza, la facultad de oficio del juzgador de valorar el

³⁰⁸ “1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el Derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.

3. Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares.”

³⁰⁹ STJUE 27 de junio de 2000, asuntos C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98

carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado con consumidores, pese a que el consumidor no haya alegado dicho carácter abusivo³¹⁰. Para el TJUE “dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, que se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigésimo cuarto considerando, dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores»”³¹¹.

La protección de consumidores³¹² se instrumentan a través de los mecanismos de control abstracto y control concreto de las condiciones

³¹⁰ Es reiterada la doctrina del TJUE sobre la finalidad de la Directiva: “el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas”, STJUE 30 de abril de 2014, asunto C-26/13.

³¹¹ STJUE 30 de abril de 2014.

³¹² El artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, en su actual redacción (Ley 3/2014 de 27 de mayo) considera consumidor a “las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”. Para la Directiva 93/13/CE (art. 2), consumidor es “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”. Consumidor, pues, a los efectos de la legislación nacional, lo será de un lado la persona física, pero también la persona jurídica, a diferencia del ámbito de protección otorgado por la Directiva 93/13/CEE. Para la persona jurídica, sin embargo, y tras la modificación legal reseñada, se exige la actuación sin ánimo de lucro, lo que viene a excluir la inclusión de las sociedades mercantiles en el ámbito de la protección de la norma. Junto con el elemento subjetivo en la definición de la ley se establece otro relativo al acto de consumo, con regulación distinta en el caso de la persona física y la jurídica. En el primer caso, se requiere que el acto de consumo se realice al margen no ya de una actividad empresarial o profesional como en el Texto Refundido de 16 de noviembre de 2007, sino de *su* actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. En cambio para las personas jurídicas, la integración del bien o servicio objeto del acto de consumo deberá realizarse en un ámbito ajeno a cualquier actividad comercial o empresarial incluso tras la reforma comentada. La regulación, como denuncia la doctrina, deja sin resolver importantes dudas respecto a la adquisición de bienes o servicios que no constituyan el objeto principal de la empresa del consumidor, o que se relacionen indirectamente con éste (publicidad, servicio de limpieza), o los llamados “actos mixtos”, adquisición de bienes tanto para uso ajeno a la actividad empresarial o profesional como para ésta (vehículos, teléfonos, etc). LAFUENTE TORRALBA, A.J. (2015), “Los obstáculos para el examen de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución: puntos ciegos y zonas de desprotección en el régimen vigente”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2, ensayos, pp. 181-205, enumera supuestos difusos de consumidores: el que denomina consumidor camuflado, “un sujeto que ha comprado el bien para un uso exclusivamente privado, si bien lo ha hecho escudándose en la empresa que dirige y representa con el fin de obtener ventajas (sobre todo de tipo fiscal) vedadas a los consumidores”; el consumidor mixto que “actúa con un doble carácter, destinando el bien financiado mediante el préstamo hipotecario tanto a fines particulares como empresariales (v. gr., el fotógrafo profesional que utiliza como estudio una o varias estancias de su vivienda; o el abogado que instala su despacho y atiende a sus clientes en el propio piso en el que reside)”; el consumidor subrogado, “es el relativo al préstamo hipotecario suscrito por una empresa promotora en el que posteriormente, y con ocasión de la compra de alguna de las viviendas construidas, se subroga un particular. Aquí

contrasta la finalidad netamente empresarial para la que se concedió el préstamo —financiar las obras de edificación de viviendas destinadas a la venta— y el fin privado de quien, finalmente, pasa a ocupar la posición del prestatario”, o el garante no profesional de una operación concertada entre dos profesionales.

Como explica LASARTE, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios...*, op. cit. p. 50, nos encontramos ante un concepto del campo de la economía, donde “el consumidor es un sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades personales o familiares”. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha hecho eco, con anterioridad a la reforma de 2014, de la necesidad de que el consumidor fuera destinatario final de los bienes y servicios adquiridos, de forma que el acto de consumo venía a identificarse con la satisfacción de necesidades personales y familiares. En la Exposición de Motivos del Decreto 1/2007 de 16 de noviembre se manifiesta que el consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. En su sentencia de 18 de junio de 2012, (ROJ: STS 5966/2012), el Alto Tribunal sostiene que «que la normativa de consumo de transposición de las Directivas europeas, ahora integradas en el citado Real Decreto –Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios–, de 16 de noviembre de 2007, en lugar de acoger la referencia comunitaria más amplia sobre el concepto de consumidor, como cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, adoptó la remisión, ya expresa, o bien implícita, al concepto desarrollado por la Ley General de 1984 (artículos 1, 2 y 3); combinándose de esta forma un criterio positivo de consumidor como "destinatario final", con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios "para integrarlos en procesos relacionados con el mercado". En este contexto, si bien la ley de condiciones generales ha tratado de armonizar ambos conceptos (parágrafo IX del preámbulo), el texto refundido de 2007, en su Exposición de Motivos, ha introducido una aclaración en orden a la fórmula de "destinatario final", en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder "a fines privados". Esta indicación delimitativa de los fines del acto de consumo ya se ha producido en la jurisprudencia comunitaria, inclusive de manera más restrictiva haciendo referencia a "las necesidades familiares o personales", o "a las propias necesidades del consumo privado de un individuo" (SSTJ CE de 17 de marzo 1998, 11 de julio de 2002 y 20 de enero de 2005). En esta línea, la doctrina jurisprudencial ya había concretado la noción de "destinatario final" antes del texto refundido del 2007, en un sentido también restrictivo y relacionado con "el consumo familiar o doméstico" o con "el mero uso personal o particular" (SSTS 18 de julio de 1999, 16 de octubre de 2000, nº 992, 2000, y 15 de diciembre de 2005, nº 963, 2005)». Más amplia y sujeta a la dicción legal es el concepto desarrollado en la sentencia de 18 de enero de 2017 (ROJ: STS 123/2017): “conforme a la Ley de Consumidores de 1984, tenían tal cualidad quienes actuaban como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional. El art. 3 del TRLGCU, ha matizado este concepto, al afirmar que «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Este concepto procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del texto de 2007. En cuanto a las Directivas cuya transposición ha quedado refundida por el RD Legislativo 1/2007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que consumidor es «toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», con ligeras variantes de redacción entre ellas.

En particular, el art. 2 b) de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, define como consumidor a toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. A cuyo efecto, resulta de interés la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14, que objetiva el concepto de consumidor, al poner el foco de atención en el destino de la operación y no en las condiciones subjetivas del contratante. El TJUE concluye en dicha resolución que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse consumidor con arreglo a la Directiva 93/13/CEE cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Para SÁNCHEZ MARTÍN, C., *Control de transparencia y contratación bancaria...* op. cit. p. 199, comentando las últimas sentencias del Tribunal Supremo, “el elemento central de la noción de consumidor, tal y como queda definida en la Directiva 93/13, se refiere a la posición que ocupa el contratante en el negocio jurídico en cuestión, según actúen o no en el marco de su actividad profesional. En consecuencia, lo relevante es el elemento objetivo y funcional, y no tanto el elemento subjetivo ligado a las nociones de vulnerabilidad e inferioridad de condiciones que en otros ámbitos constituyen el auténtico fundamento de la Directiva. Tales nociones no se han concretado en la plasmación normativa

generales de la contratación. Si el segundo de ellos hace referencia al control de clausulado a cargo del propio interesado, frente a las condiciones generales ilícitas o abusivas, el control abstracto no se dirige frente al contrato perfeccionado, sino frente al acto de predisposición, de forma que no necesita la incorporación al contrato. Viene a cumplir una doble función, según explica PAGADOR LÓPEZ:

1. En primer lugar, una función de tutela o protección institucional de la libertad contractual, en cuando contribuye a evitar su ejercicio desviado o contrario al ordenamiento, que es, a la postre, el empleo de condiciones generales ilícitas.
2. En segundo lugar, una función de prevención del empleo de condiciones generales ilícitas, por cuanto, a través de diversos mecanismos, se persigue el objeto de evitar la aplicación de las condiciones generales que no superen el control en los contratos que el predisponente celebre en lo sucesivo³¹³.

Nuestro Derecho opta por situar el control abstracto en sede jurisdiccional, frente a otros ordenamientos que lo han ubicado en órganos administrativos. La opción del control abstracto a través de mecanismos administrativos de control se suele justificar argumentos de eficacia: la mayor facilidad y rapidez del mecanismo administrativo frente al control judicial³¹⁴.

del concepto de consumidor y por eso su delimitación no aparece condicionada a la ausencia de conocimiento, a la desinformación, o a una efectiva posición de inferioridad”.

³¹³ PAGADOR LÓPEZ, J., *op. cit.* p. 576. Explica el autor citado que el mecanismo de protección abstracta surge como reacción a la constatada insuficiencia de los mecanismos de control concreto en Alemania: “En efecto, se era consciente de que el desconocimiento generalizado del Derecho aplicable por parte de los adherentes y su inhibición o desconfianza ante los mecanismos judiciales de solución de conflictos hasta el momento conocidos conduciría, como regla general, a desistir a los adherentes de cualquier intento de combatir las condiciones generales abusivas incluidas en sus contratos, y en todo caso, la existencia de uno o varios supuestos excepcionales de adherentes dispuestos a demandar la declaración judicial de ineficacia de algunas de las condiciones generales soportadas, al no producir efectos más que entre las partes del contrato litigioso y al suponer un riesgo insignificante desde el punto de vista del predisponente, no bastarían para inducir a éste a abstenerse de continuar utilizando esas condiciones generales de probada ilicitud. De ahí la necesidad, unánimemente sentida, de instauración de mecanismos apropiados para depurar el tráfico de determinadas condiciones ilícitas; a tal efecto, era preciso instaurar un sistema de control independiente del procedimiento de control concreto o incidental y apto para someter a enjuiciamiento las condiciones generales en sí, en cuanto acto de predisposición comercial destinado a recibir aplicación plural, o sea, al margen y con independencia de las concretas relaciones comerciales entabladas o a entablar mediante aquéllas”, *op. cit.* p. 575.

³¹⁴ La amplitud de la redacción del artículo 7 de la Directiva 93/13/CE permite la adopción de distintos tipos de medidas de control abstracto de las condiciones generales de la contratación. Este es el sistema

Residenciar, sin embargo, el control abstracto en sede judicial aleja el mismo de interacciones políticas o de oportunidad y se relaciona con el principio constitucional de protección de los consumidores³¹⁵.

Uno de los primeros problemas que plantea el estudio de los instrumentos de control abstracto de las condiciones generales de la contratación en contratos celebrados con consumidores, es la dispersión normativa, con abundantes normas sectoriales, que no han llegado a fraguar en un texto uniforme y general sobre las medidas de control abstracto, en especial, como se verá, en relación a las llamadas acciones colectivas³¹⁶.

Los medios de control abstracto de las condiciones generales de la contratación que instaura la Ley sobre condiciones generales de la contratación son las acciones colectivas previstas en su artículo 12³¹⁷: las

por el que opta Francia, residenciando el control de las condiciones generales en el Consejo de Estado. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1983), “Las condiciones generales de la contratación y la protección del consumidor”, *Anuario de Derecho Civil*, V. 36, n° 4, pp. 1191- 1206, enumera distintos modos de control abstracto adoptados en nuestro entorno cultural: desde el control administrativo y previo de todos los contratos tipos o con cláusulas abusivas, a la creación de instituciones y organismos independientes de tutela de los consumidores, como El Ombudsman en los países nórdicos o la Comisión de las Cláusulas Abusivas disciplinada por la Ley francesa de 10 de enero de 1978. A su juicio, es difícilmente aceptable que el control administrativo o cualquier otro control, pueda sustituir al judicial, porque la garantía fundamental del consumidor se encuentra residenciada en la jurisdicción.

³¹⁵ En la Ley de Contrato de Seguros coexiste el control administrativo de las condiciones generales con el control judicial. Así en el artículo 3 de la Ley se dispone que las condiciones generales estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley.

³¹⁶ “Al consumidor se le pueden reconocer muchos derechos sustantivos, pero desde luego ha de otorgársele mecanismos procesales que posibiliten su ejercicio y en esto ha fallado el legislador, a mi juicio premeditadamente. La protección del consumidor es meramente nominal, para “cubrir el expediente” con las exigencias de la UE y con una regulación lamentable, dispersa que constituye un auténtico rompecabezas normativo inasumible caso por los profesionales del derecho. Nuestra legislación sigue siendo, incluso después de las reformas realizadas a impulsos del TJUE, claramente pro creditoris” CUENA CASAS, M. (2014), “Defensa colectiva de los consumidores ante prácticas y cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios. Propuestas de solución”. Ponencia de las Jornadas de ADICAE *Sin acción colectiva no hay justicia para los consumidores*, 2 de octubre de 2014, disponible on line, publicaciones.adicae.net/publicaciones/.../Ponencia_Matilde_Cuena_2_octubre_2014, pp.1.

³¹⁷ El distinto funcionamiento de ambas acciones, colectivas e individuales, se evidencia en el distinto alcance de las reglas de interpretación en cada acción, INFANTE RUIZ, F. (2005), “La exclusión de la regla *contra proferentem* en el procedimiento de control abstracto. (A propósito de la Sentencia TJUE, Sala 1ª, de 9 de septiembre de 2004 –Comisión Europea versus Reino de España –asunto C-70/93) (TJCE 2004, 227)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n° 15, pp. 168-169: “En el ámbito abstracto (y es acervo común la opinión), el juez no se enfrenta a la tarea de tener que juzgar un contrato de adhesión concreto, sino a la de valorar un listado de cláusulas destinadas a formar parte de un contrato de adhesión. No cabe otra interpretación que la interpretación típica, abstracta u objetiva. El juez tiene que valorar un listado de cláusulas que no es contrato. No son posibles los métodos de interpretación generales del Código Civil, aunque, en nuestra opinión, sí será posible la utilización de las máximas o verdades que encierran criterios de interpretación objetiva contenidos en el Código Civil: *criterio de la relevancia*, en caso de contradicción entre dos cláusulas, se preferirá la cláusula más adecuada para que el *hipotético* contrato produjese efecto (art. 1284), *canon de la totalidad* (art. 1285), *canon de la lógica conforme a la naturaleza y tipo de contratación del sector de que se trate* (art. 1286)”.

acciones declarativas del carácter de condición general de la contratación, la acción de cesación y la acción de retractación. El control abstracto se complementa con la creación del Registro Condiciones Generales de la Contratación, el mecanismo de publicidad de las sentencias recaídas en procedimientos de control abstracto y los deberes de información impuestos a notarios, registradores de la propiedad y mercantiles y corredores de comercio a los adherentes en el artículo 23 de la Ley³¹⁸.

Por su parte, en la TRLGDCU contempla en su artículo 53 la acción de cesación dirigida a obtener una sentencia por la que el demandado cese en una determinada conducta y a prohibir su reiteración futura, pudiendo demandarse el cese de una conducta que ya ha cesado pero cuando existen indicios suficientes de la reiteración de un modo inmediato, y acumularse a las mismas la acción de rescisión o resolución contractual, de restitución de las cantidades indebidamente percibidas y de indemnización de daños y perjuicios³¹⁹. Esta acción de cesación se contempla igualmente para las normas sectoriales, como en el art. 32 de la Ley 3/1991 de 10 de enero, de competencia desleal³²⁰; en el artículo 6 de la Ley 34/1988 de 11 de noviembre,

³¹⁸ PAGADOR LÓPEZ, J. *op. cit.*, p. 577.

³¹⁹ “La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

A efectos de lo dispuesto en este capítulo, también se considera conducta contraria a esta norma en materia de cláusulas abusivas la recomendación de utilización de cláusulas abusivas.

A cualquier acción de cesación podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas. De dicha acción acumulada accesoria conocerá el mismo juzgado encargado de la acción principal, la de cesación por la vía prevista en la ley procesal.

Serán acumulables a cualquier acción de cesación interpuesta por asociaciones de consumidores y usuarios la de nulidad y anulabilidad, de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas.”

³²⁰ “1. Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones:

1.ª Acción declarativa de deslealtad.

2.ª Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.

3.ª Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.

4.ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

5.ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.

ley general de publicidad, por su remisión a la Ley de competencia desleal; o en el artículo 6 de la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio, remitiéndose a las acciones colectivas e individuales contenidas en el TRLGDCU, entre otras.

Sin perjuicio de las acciones colectivas, especialmente de la acción de cesación, el TRLGDCU instrumenta en sus artículos 57 y 58 un sistema de resolución extrajudicial de conflictos a través de las Juntas Arbitrales de Consumo, mediante el recurso al arbitraje de consumo.

El remedio más eficaz y potente de control abstracto de las condiciones generales de contratación lo constituye la acción de cesación. Conforme con el artículo 12 de la LCGC “La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz.

A la acción de cesación podrá acumularse, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones.”

Por su parte, la acción de retractación “tendrá por objeto obtener una sentencia que declare e imponga al demandado, sea o no el predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro”

Y por último, “la acción declarativa se dirigirá a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación y

6.^a Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.”

ordene su inscripción, cuando ésta proceda conforme a lo previsto en el inciso final del apartado 2 del artículo 11 de la presente Ley”³²¹.

Las acciones colectivas tienen su precedente en las llamadas “*class actions*” del Derecho norteamericano, aun cuando con importantes diferencias, señaladas por VICENT CHULIÁ en el sistema anglosajón: 1º) Las *class actions* se reconocen para todos los sectores del Derecho sustantivo, y para el ejercicio de toda clase de acciones, y no sólo para las relativas a condiciones generales de la contratación; 2º) La legitimación activa se reconoce a favor de todas las personas interesadas, y no sólo de las entidades taxativamente enumeradas (en nuestro caso, en el artículo 16 LCGC); 3º) La eficacia de la sentencia se extiende a todos los miembros de la *class* por el hecho de pertenecer fácticamente a ella, mientras en que el Derecho europeo sólo vincula al profesional predisponente, que es condenado a suprimir la cláusula declarada nula, si bien en relación con todos los que han contratado con él y no sólo con los demandantes vencedores.

Las acciones colectivas para la tutela de los derechos conllevan especiales ventajas respecto de la tutela individual, que han sido resaltadas por la doctrina: principios de eficacia y economía procesal; facilidad de acceso a la reclamación de grupos de demandantes que por lo escaso de sus pretensiones o daños o por la dificultad o gastos del proceso no accederían a litigar; impacto social y legal de las condenas en acciones colectivas; impedir la excesiva fragmentación de pleitos y evitar resoluciones contradictorias, entre otras. Su impacto por ello en la protección de los derechos de los consumidores debería ser superior al derivado de las acciones individuales³²². Sin embargo, nuevamente el devenir de los acontecimientos ha puesto de

³²¹ VICENT CHULIÁ, F. (2000), “Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial”, en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, NIETO CAROL, U. (dir), *op. cit.* p. 398. Para PLANCHADELL GARGALLO, A. (2014), “*Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*”, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 243-244 “la acción de cesación puede entenderse como aquélla que pretende la condena judicial a cesar en el comportamiento lesivo y en el de la prohibición judicial de reiteración futura de ese comportamiento, pudiéndose ejercitar asimismo cuando al conducta haya finalizado, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración. Se trata por tanto de una acción de naturaleza condenatoria.

³²² Obsérvese que la sentencia de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo se dicta en casación respecto de una acción de cesación.

relieve los problemas de su actual regulación: los efectos económicos derivados de la declaración de la nulidad de la cláusula suelo y la relación de la macrodemanda interpuesta por ADICAE ante el Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid son ejemplos de la insuficiente regulación de las relaciones entre las acciones individuales y colectivas en la finalidad perseguida de la protección del consumidor.

La sentencia ya citada de 9 de mayo de 2013 de la Sala Primera del Tribunal Supremo incluyó, a instancias del Ministerio Fiscal,³²³ en su fundamento de derecho decimoséptimo, una referencia al alcance de la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo enjuiciadas, corrigiendo los efectos del artículo 1303 del Código Civil, amparándose en la licitud intrínseca de las cláusulas suelo, en la observancia por las entidades bancarias de la normativa reglamentaria en materia de información precontractual, en el uso reiterado de las mismas, y en su justificación, pero especialmente en el “riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico” que sugería el Ministerio Público³²⁴.

³²³ La demandante no había acumulado a la acción de cesación ejercitada la acción de reclamación por las cantidades abonadas en virtud de la cláusula suelo. La petición de pronunciamiento sobre los efectos de la retroactividad derivada de la nulidad declarada se introduce por el Ministerio Fiscal, quien se había adherido a la demanda formulada por la demandante. Para PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013), “La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013”, *Diario La Ley*, n.º 8154, “no puede justificarse la congruencia de este pronunciamiento tampoco por la petición efectuada por el Ministerio Fiscal sobre la limitación de los efectos retroactivos de la nulidad de las cláusulas suelos, formulada en su recurso de casación, puesto que el Ministerio Fiscal, ciertamente está legitimado para interponer acciones de cesación (art. 16 LCGC), pero no para plantear en los procesos de cesación ya iniciados cuestiones extravagantes al objeto del proceso, ni tan siquiera en defensa de un pretendido interés público. Dicho en otros términos, no actúa en este tipo de procesos el Ministerio Fiscal amparado por el principio de oficialidad en cuanto que garante de un interés público o social que en este caso no le atribuye la Ley (art. 3.7 Ley 50/1981, de 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), sino que su intervención se limita a la legitimación para interponer la demanda de cesación, en defensa del interés de los consumidores”.

³²⁴ Dice la sentencia: “En el caso enjuiciado, para decidir sobre la retroactividad de la sentencia en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal, es preciso valorar que:

- a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.
- b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.
- c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España “[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable”.

Tras el dictado de la sentencia las dudas se suscitaron en los procedimientos individuales que se multiplicaron sosteniendo la aplicación del doble control de transparencia respecto de cláusulas suelo prácticamente idénticas a las anuladas por el Alto Tribunal³²⁵. La llamada jurisprudencia menor se dividió sobre los efectos derivados de la nulidad de la cláusula suelo

d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.

e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.

f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.

g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas”.

³²⁵ La doctrina ha atacado duramente el pronunciamiento sobre la retroactividad limitada de la sentencia. Para SÁNCHEZ ÁLVAREZ, E. (2017), “*In claris non fit interpretatio*: una rápida reflexión respecto de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (cláusulas suelo), *Diario La Ley* n° 8900, “el TS se equivocó por partida doble al aludir al principio de seguridad jurídica en refuerzo de su parecer. Por una parte, se le hacía descansar en una ausente buena fe de todas las partes afectadas, cuando resulta tangible que una de ellas habría obrado con ausencia de transparencia que, a la postre, se sancionaba en la Sentencia. Por otra, al acudir a la seguridad jurídica para impedir una retroactividad plena de los efectos resarcitorios de la nulidad declarada lo que se provocaba era justamente una enorme inseguridad jurídica, pues sobre una normativa clara la respuesta aplicativa que se brindaba era inesperada, impredecible, adolecente de cierta extravagancia jurídica, incluso contradictoria revocando pronunciamientos de instancia en base a razonamientos ajenos a las normas en liza; en suma, una reversión del marco normativo en la materia”; Tàsies, R. (2016), “Retroactividad de las cláusulas suelo. Doctrina del Supremo y Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016”, *Diario La Ley*, n° 8887,” Puesto que el peso del argumento del trastorno del orden público económico es quizás el más importante, no podemos perder de vista que el mismo podría en todo caso aplicarse a una acción colectiva de cesación pero no a las demandas individuales. Pero el TS maneja este argumento como si se tratara de una verdad apodíctica, evidente por sí misma, y no dedica ni una sola línea, no ya a demostrar, sino ni siquiera a poner en evidencia este supuesto trastorno del orden público económico”; CAÑIZARES LASO, A., *op. cit.* p. 98, “no se puede estar de acuerdo con una decisión que impida la devolución de las cantidades que indebidamente se cobraron. Con independencia de que la restitución, de acuerdo con el artículo 1303 CC es la consecuencia necesaria de la nulidad, se trata de no colaborar en la legitimación de consecuencias injustas”; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *La nulidad de la cláusula suelo en préstamos hipotecarios... op. cit.* p.175, “la alusión a la buena fe de las entidades financieras condenadas para justificar la aplicación “ex nunc” de los efectos de la nulidad de la cláusula era totalmente incoherente porque si se ha llegado a la conclusión de que la cláusula suelo es abusiva —y da igual que lo sea por un defecto de transparencia— es porque resulta contraria a la buena fe (art. 82 TR-LGDCU) y esta contrariedad a la buena fe consistía en haber incluido una cláusula con indudable trascendencia sobre el coste del crédito de tal manera que haya pasado inadvertida al consumidor. Una cláusula es abusiva o no lo es y si es abusiva es por definición contraria a la buena fe, por lo que no puede ampararse en una pretendida buena fe del predisponente una dulcificación de los efectos de la declaración de nulidad, como si la cláusula fuera abusiva, pero no tanto, es decir, como si fuera sólo un poco abusiva”.

a la vista de la sentencia extractada. La corriente mayoritaria se alineó con la doctrina del Tribunal Supremo, valorando criterios de seguridad jurídica, la función de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la motivación de los criterios adoptados por el Alto Tribunal en su función de moderación de la retroactividad al amparo del artículo 1303 del CC. Así por ejemplo, la sección 3 de la AP de Granada, en sentencia de 18 de octubre de 2013³²⁶:

“creemos que la doctrina determinante de la nulidad apreciada, aplicada a este caso, y en consecuencia a multitud de otros similares, por razones de seguridad jurídica y respeto al principio de igualdad, pese a la escasa incidencia económica del litigio concreto, mantiene aquí también la trascendencia del orden público económico valorada por la Sentencia del Pleno. A la vez, también estimamos que no cabe olvidar la singularidad de la cuestión, donde el Tribunal Supremo se enfrente ante las consecuencias de la nulidad de una cláusula, que según su propia doctrina, forma parte del objeto principal del contrato litigioso, cumpliendo una función definitoria o descriptiva esencial, pero que sin embargo no provoca la nulidad del contrato. Careciendo nuestro ordenamiento positivo de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio de *utile per inutile non vitiatur* (lo válido no es viciado por lo inválido), en la singular situación enjuiciada, invalidez de parte del objeto principal del contrato, que sin embargo conserva sus restantes efectos, donde no existe la posibilidad de integración y reconstrucción “equitativa” del contrato, declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE de 14 de junio de 2012, parece justificado el abandono de los criterios generales en la materia y de los tradicionales inspirados en nuestro Código Civil, acudiendo en la singularidad de la controversia, a otros principios, como son algunos de

³²⁶ ROJ: SAP GR 1388/2013. En el mismo sentido la sección 5 de la AP de Cádiz de 17 de mayo de 2013 (ROJ: SAP CA 802/2013), sección 3 de la AP de Córdoba de 12 de junio de 2013 (ROJ: SAP CC 454/2013), sección 28 de la AP de Madrid de 23 de julio de 2013 (ROJ: SAP M 13086/2013), sección 5 de la AP de Zaragoza de 8 de enero de 2014 (ROJ: SAP Z 1/2014) o Sección 4 de la AP de Barcelona de 12 de junio de 2014 (ROJ: AAP B 208/2014) entre otras.

los fijados por nuestro Alto Tribunal, para en definitiva proclamar, en este concreto caso, la irretroactividad del pronunciamiento de nulidad”.

En sentido contrario, y aunque minoritario en las Audiencias Provinciales, y con mayor acogida entre los Juzgados de lo Mercantil y de Primera Instancia, la retroactividad completa se fundaba en las normas generales de la nulidad contractual y en la diferente acción ejercitada ante el Tribunal Supremo, acción colectiva de cesación, frente a las pretensiones individuales que se enjuiciaban en cada caso. La sección 1 de la AP de Jaén en su sentencia de 5 de junio de 2014³²⁷ sostenía la retroactividad plena:

“sin que ello suponga contradecir la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, por cuanto ésta no acuerda la retroactividad como criterio general a aplicar a todas las cláusulas suelo abusivas, sino como excepción a la regla general de la retroactividad, al tratarse de una acción colectiva de cesación (que se eliminasen las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario de las entidades bancarias demandadas y no se usasen en el futuro) a la que no se acumulaba la petición de restitución de las prestaciones, y haberse valorado razones de seguridad jurídica y riesgos de graves trastornos económicos, que pudieran producirse si al declararse la retroactividad tuviesen dichas entidades que revisar los miles de contratos suscritos, en muchas ocasiones incluso ya precluidos”.

La diversidad de pronunciamientos judiciales obligó al Pleno del Tribunal Supremo al dictado de la sentencia de 25 de marzo de 2015³²⁸, fijando la siguiente doctrina jurisprudencial: "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable,

³²⁷ ROJ: SAP J 667/2014. Criterio similar mantuvieron la sección 6 de la AP de Málaga en su sentencia de 12 de marzo de 2014 (ROJ: SAP MA 202/2014) o la sección 8 de la AP de Alicante, sentencia de 4 de junio de 2014 (ROJ: SAP A 1272/2014).

³²⁸ ROJ: STS 1280/2015.

procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 "³²⁹.

La doctrina del Tribunal Supremo, reiterada en otras sentencias posteriores, fue cuestionada ante el TJUE por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada y por la Audiencia Provincial de Alicante, en sendas cuestiones prejudiciales sobre la adecuación de dicha doctrina a la Directiva 93/13/CE, cuestiones que culminaron en la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, que declara contraria la doctrina del Tribunal Supremo a las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva al amparo de la Directiva 93/13³³⁰.

³²⁹ La sentencia cuenta con un voto particular emitido por Francisco Javier Orduña Moreno al que se adhiere Xavier O'Callaghan Muñoz, que reflexiona sobre la ausencia de cosa juzgada de la sentencia de 9 de mayo de 2013 respecto de las acciones individuales (recordemos que la sentencia de 25 de marzo no resuelve una acción colectiva sino individual). Dicen los magistrados disidentes: "el pronunciamiento de esta Sala en relación a la mal llamada irretroactividad de la cláusula declara nula: tal petición fue introducida por el Ministerio Fiscal sin que integrara inicialmente el objeto del proceso y su adopción obedeció a razones económicas que así lo aconsejaban en el marco del enjuiciamiento abstracto propio de la acción de cesación lo que, por supuesto, en ningún caso implica que se haya declarado la irretroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo en general. Es decir, no podemos olvidar que la STS de 9 de mayo de 2013 da respuesta a una acción ejercitada por unas partes procesales, en concreto, una asociación de consumidores de productos bancarios, AUSBANC, como demandante, y unas concretas entidades bancarias como demandadas, por tanto, si al final del pronunciamiento el Tribunal se pronuncia sobre la mal llamada irretroactividad, ese pronunciamiento lo debemos entender realizado sólo y exclusivamente para su sentencia pues en ese marco donde se ha pronunciado. Lo cual, y esta es la verdadera razón desestimatoria del recurso extraordinario y que impide apreciar el efecto de cosa juzgada en la extensión pretendida por el recurrente, lleva aparejado que posteriormente los particulares entablarán el juicio correspondiente que decidirá lo pertinente en cada caso atendiendo a las circunstancias concretas. En consecuencia será necesario, en el marco de una acción individual, examinar si en cada caso concurren o no las circunstancias que integran el juicio de transparencia y posteriormente determinar el régimen de ineficacia de la declaración, en su caso, de nulidad y que se traduce en el efecto devolutivo de las cantidades percibidas por la aplicación concreta de la cláusula. En segundo lugar, hay que señalar que esta aproximación que nos ofrece el presente caso, en orden a la inexistencia de la cosa juzgada, también nos permite constatar la observación que se hace, de un modo preliminar, en el fundamento anterior de este voto particular, esto es, la improcedencia e insuficiencia de asumir "en bloque" la fundamentación técnica de la sentencia de 9 de mayo de 2013 en un supuesto, el del ejercicio individual de la acción de impugnación por el consumidor adherente, en donde se "quiebra", y así se reconoce, el presupuesto de identidad de la cosa juzgada. Quiebra que, por lo demás, no sólo se produce ante la ausencia en aquel caso de la preceptiva acumulación de pretensiones de condena, sino también por la falta de los otros elementos que determinan la identidad, principalmente la distinta naturaleza y función de la acción ejercitada."

³³⁰ Para el TJUE "el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en

Consecuentemente el Pleno del Tribunal Supremo, en su sentencia de 24 de febrero de 2017³³¹ ha adaptado su jurisprudencia a la doctrina del TJUE, desestimando el recurso de casación contra la sentencia de la AP de Barcelona que tras anular la cláusula suelo en una acción individual, decretaba la retroactividad total del pronunciamiento restitutorio de las cantidades abonadas en aplicación de dicha cláusula sosteniendo además la inexistencia en el supuesto enjuiciado de cosa juzgada porque, entre otros argumentos, no existe identidad objetiva entre la acción colectiva enjuiciada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 y la individual objeto de la actual resolución:

“las sentencias prejudiciales son obligatorias (artículo 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia , versión consolidada de 25 de septiembre de 2012) y tienen, como regla, eficacia *ex tunc* desde su pronunciamiento, sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia pueda limitar su dimensión temporal cuando concurren consideraciones imperiosas de seguridad jurídica (STJUE de 7 de julio de 2011, Nisipeanu, C-263/10).

Se trata de una fuerza obligatoria *erga omnes* , por lo que son vinculantes no solo para el juez remitente, sino también para cualquier jurisdicción nacional que conozca de un caso análogo en el que se plantee la aplicación de la norma comunitaria interpretada o cuya invalidez haya sido declarada, con independencia de que sus decisiones sean recurribles o no en el ordenamiento nacional de los estados miembros de la UE (STJCE de 6 de marzo de 2003, Kaba, C-446/005, y SSTJUE de 5 de octubre de 2010,

aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.”

³³¹ ROJ: STS 477/2017. La sentencia se ocupa en su fundamento de derecho tercero de la espinosa cuestión de la cosa juzgada material invocada por BBVA respecto de la irretroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo ya resuelta en la sentencia de 9 de mayo de 2013. Para la sentencia no existe identidad entre la acción colectiva y la acción individual pues sus efectos y objeto son diferentes, tal como resolvió la STJUE 14 de abril de 2016 a la que nos referiremos seguidamente y por poder atentar al principio de la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee instar la nulidad de las cláusulas contenidas en su contrato a que hace referencia la STC 148/2016 de 19 de septiembre.

Elchinov, C-173/09 ; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/145; y de 1 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14)”³³².

La situación dista de estar zanjada dada la existencia de múltiples pronunciamientos firmes, no sólo en sentencias, sino en autos transaccionales

³³² ROJ: STS 477/2017. La sentencia se ocupa en su fundamento de derecho tercero de la espinosa cuestión de la cosa juzgada material invocada por BBVA respecto de la irretroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo ya resuelta en la sentencia de 9 de mayo de 2013. Para la sentencia no existe identidad entre la acción colectiva y la acción individual pues sus efectos y objeto son diferentes, tal como resolvió la STJUE 14 de abril de 2016 a la que nos referiremos seguidamente y por poder atentar al principio de la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee instar la nulidad de las cláusulas contenidas en su contrato a que hace referencia la STC 148/2016 de 19 de septiembre.

³³² Uno de los primeros pronunciamientos sobre la repercusión de la doctrina contenida en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 se contiene en la sentencia de la Sección Quinta de la AP de Sevilla de 29 de diciembre de 2016 (ROJ: SAP 2180/2016) que contiene en su fundamento de derecho quinto la siguiente argumentación: “Esta Sala hasta dicha sentencia había venido manteniendo la tesis de que la retroactividad sin límite era una consecuencia necesaria de la nulidad de cualquier cláusula abusiva y que no cabía apreciar una afectación del orden público económico por la eventual existencia de otros procedimientos, a la vista de lo incierto de sus resultados de cada uno de ellos, en sintonía por otra parte con el voto particular emitido por dos Magistrados de la Sala 1ª del Tribunal Supremo a la tesis mayoritaria de la sentencia de 25 de marzo de 2015. Sin embargo, a la vista la doctrina sentada por el Tribunal Supremo y dado que conforme al artículo 1.6 del Código Civil la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterada, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho, desde el momento en que se dio a conocer el texto íntegro de la sentencia estimó que debía cambiar el criterio mantenido hasta ese momento y ajustarse al sostenido por la citada doctrina jurisprudencial. Posteriormente la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ha declarado contraria al Derecho de la Unión la doctrina que establece el Tribunal Supremo en las citadas sentencias, pudiendo citarse como principales argumentos los contenidos en los apartados 73, 74 y 75. Así se establece en los mismos “que una jurisprudencia nacional -como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013- relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60)”. “En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70)”. “

De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”. Al amparo de tal doctrina esta Sección considera que deja de ser vinculante la establecida anteriormente al respecto por el Tribunal Supremo y que debe retomar su postura inicial de no limitar la retroactividad de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva.”

y acuerdos alcanzados al albur de la doctrina jurisprudencial indicada, declarada contraria a la normativa comunitaria. Sin duda el voto particular de la sentencia de 25 de marzo de 2015 ponía el dedo en la llaga al resaltar la imposibilidad de extensión de los pronunciamientos de la sentencia de 9 de mayo de 2013 a los procedimientos instados en ejercicio de la acción individual por el consumidor cuando en la acción colectiva primitiva no se había acumulado la acción de restitución de las cantidades indebidamente abonadas³³³.

El segundo de los puntos de fricción de la defensa de los consumidores provocado por la falta de adecuado encaje entre la acción colectiva y la acción individual lo encontramos en la demanda colectiva en nulidad de la cláusula suelo frente más de 100 entidades bancarias (luego ampliamente reducidas por los procesos de fusión bancaria) seguida ante el Juzgado de lo Mercantil 11 de Madrid y promovida por la entidad ADICAE. Con independencia de los múltiples problemas de organización y tramitación de dicho pleito³³⁴, que culminó con sentencia de 7 de abril de 2016 (seis años después de promoverse la demanda) el problema que se manifestó prácticamente desde el primer momento de la interposición de la demanda era la petición por las entidades demandadas de la suspensión de las acciones individuales que paralelamente

³³³ La perplejidad respecto de los múltiples procedimientos individuales afectados por el cambio jurisprudencial se vuelve a poner de manifiesto por la doctrina. Considerando que el límite de la eficacia del pronunciamiento del TJUE se halla, como el propio Tribunal ha sostenido, en la eficacia de la cosa juzgada, se postula por algunos autores la eventual responsabilidad patrimonial del Estado, MUÑOZ GARCÍA C. (2017), “Cláusula nula y su “no vinculación”. Excesos o rigores del TJUE en la sentencia de 21 de diciembre de 2016”, *Diario La Ley*, n° 8903, “Que ocurre con las resoluciones anteriores y con el valor de la cosa juzgada? No ha escatimado esfuerzos el Tribunal de Luxemburgo y reconoce que ciertamente la protección del consumidor no es absoluta, y así, en el ámbito de las normas procesales internas, si estas confieren a una resolución la santidad de la cosa juzgada, la sentencia no podrá afectar a estos efectos”. En contra de la viabilidad de esta responsabilidad ACHÓN BRUÑEN, M.J. (2017), “Efectos de la STJUE de 21 de diciembre de 2016: supuestos en que va ser posible reclamar todas las cantidades indebidamente pagadas por la aplicación de la cláusula suelo y casos en que no”, *Diario La Ley* n° 8904. Para dicha autora, sin embargo, ni las novaciones contractuales de la cláusula ni la renuncia del consumidor se ven afectadas por la cosa juzgada y no impedirán la reclamación de las cantidades *ex origen* tras la sentencia del TJUE: “las novaciones de la cláusula suelo deben ser consideradas un intento de moderarlas por vía contractual cuando sigue siendo la misma condición general de la contratación, aparentemente negociada en el caso concreto, con una limitación al tipo de interés inferior a la que se trata de dar efectividad por el banco para paliar los efectos de la condición general de la contratación atacada de nulidad. La convalidación de una cláusula radicalmente nula, no meramente anulable, no produce efecto alguno”.

³³⁴ Los resume acertadamente LAFUENTE TORRALBA, A.J. (2015), “¿Es nuestro sistema de acciones colectivas una herramienta eficaz frente a los abusos en la contratación bancaria? Reflexiones al hilo de la “macrodemanda” contra la cláusula suelo”, en *Vivienda, préstamo y ejecución*, pp. 857-875

se estaban formulando por consumidores afectados por la cláusula suelo, bajo la pretensión de la existencia de prejudicialidad civil.

El artículo 43 de la LEC dispone que cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial. Se trata de la prejudicialidad civil que tiene su mismo fundamento en la litispendencia o en la cosa juzgada. Recordemos que el artículo 222.3 de la LEC dispone la extensión de los efectos de la cosa juzgada a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.

Excepcionada la litispendencia los juzgados y Audiencias Provinciales se dividieron en la resolución de la excepción formulada. Para la sección 5 de la AP de Sevilla, sentencia 30 de septiembre de 2015, la excepción no podía ser admitida, habida cuenta la distinta naturaleza y regulación de las acciones individuales y colectiva, que el demandante no era parte en la acción colectiva y que en todo caso esta se entendía sin perjuicio de la defensa por los propios consumidores y usuarios de sus derechos³³⁵. Ejemplo de la

³³⁵ ROJ: SAP 2485/2015: “La acción deducida en el Juzgado de Madrid es una acción colectiva de carácter general, dirigida frente a numerosas entidades de crédito por una asociación de consumidores. En el presente caso se ejercita una acción individual, por quienes están legitimados para ello, en defensa de sus propios y legítimos intereses, con la que se pretende una declaración y condena concreta y determinada mediante un enjuiciamiento de las circunstancias y factores concurrentes en este caso concreto que, a tenor de los datos obrantes en los presentes autos, no se tienen en cuenta en ese proceso de naturaleza general. El artículo 11 de la LEC establece la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender en juicio los intereses generales de los consumidores, "sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados". Por otro lado, no puede obviarse que el aquí demandante no es parte de ese otro proceso. En cualquier caso, la cuestión sería determinar qué trascendencia tendría ese otro proceso en el presente, dado que se está alegando la vinculación de los presentes autos a lo que se resuelva en aquél, con el sólo fin de acordar la suspensión. Estimamos que no es necesario para resolver este asunto conocer lo que se resuelva en el proceso en el que se ejercita la acción colectiva, porque no es un antecedente lógico ni necesario, por cuanto una cosa es la valoración en términos generales de la validez o no de tal cláusula usada como condición general por numerosas entidades de crédito españolas, y otra que en atención a las circunstancias concretas concurrentes en la contratación habida en este preciso asunto se hayan observado o no los requisitos de transparencia de las condiciones financieras del préstamo que nos ocupa. Entender otra cosa, supondría desconocer la diferente naturaleza y condición de las acciones colectivas frente a las acciones individuales, como la

estimación de la excepción lo encontramos en la Sección 4 de la AP de La Coruña, en el auto de fecha 6 de marzo de 2013³³⁶, para la cual concurría la triple identidad, y en relación a la identidad subjetiva razona que

“La identidad subjetiva resultaría incuestionable en el caso de la aquí demandada, que también es una de las entidades demandadas en el litigio de Madrid. Pero también habría que entender que concurriría en relación a los demandantes, aunque los de Coruña no hayan demandado ni intervengan en aquél, porque, resumidamente, en el primer proceso, aparte de otras personas, la asociación de consumidores y usuarios ADICAE ejercita, con la legitimación conferida por el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una acción colectiva para el amparo de los intereses colectivos de aquéllos, que no difusos, con un alcance genérico y amplitud, sin límite, al incluir a todos los consumidores y usuarios afectados por las cláusulas suelo incluidas en sus contratos hipotecarios, cuya nulidad se pide por abusivas, al igual que se indemnice a cada uno de ellos lo cobrado indebidamente por el Banco o Caja al aplicarles tales cláusulas, por lo que hay que entender que la cosa juzgada de la sentencia que se dicte en ese pleito afectaría también a los actores del presente, como consumidores y usuarios en la misma situación, aunque no se encuentren personados en autos, una vez efectuada la publicidad prevista en el artículo 15 LEC, precisamente en garantía de la tutela judicial efectiva de los perjudicados. La solución la acogería el artículo 222.3 LEC al expresar que la cosa juzgada afectará también a los sujetos no litigantes titulares de los derechos que fundamenten la

ejercitada en los presentes autos, y sus efectos, e impedir o dificultar el legítimo derecho que toda persona física y jurídica tiene a defender sus particulares e individuales intereses, de modo que nos encontraríamos con que los demandantes quedarían privados de su derecho a defender su patrimonio, teniendo que estar supeditados a lo que resulte de un proceso en el que se ejercita una acción que les es ajena, por parte de una entidad que no les representa, y con un ámbito tan genérico y amplio que no tiene en cuenta las concretas peculiaridades y circunstancias que concurren en el caso objeto de este pleito, que son sobre las que ha de decidirse la cuestión controvertida.

Por todo lo cual, ha de rechazarse la excepción de prejudicialidad civil o litispendencia impropia articulada.”

³³⁶ ROJ: AAP C 8/2013. El juzgado acoge la excepción de litispendencia, no la de prejudicialidad civil, con lo que el resultado no es la suspensión del procedimiento, sino el sobreseimiento del mismo.

legitimación de las partes conforme al art 11, y cuando el propio artículo 221.1 precisa que la sentencia que declare ilícita una determinada actividad o conducta ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido parte en el proceso correspondiente. Así resultaría también de la STS de 17/6/2010”.

El Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona formuló sobre la dependencia de la acción individual respecto de la acción colectiva seguida ante el Juzgado Mercantil 11 de Madrid, cuestión prejudicial al TJUE³³⁷, resuelta por sentencia de 14 de abril de 2016 (asuntos acumulados (asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14). El TJUE estima que las acciones individuales y colectivas tienen “objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13”.

Analiza la necesidad de suspensión por la existencia de prejudicialidad civil desde el punto de vista del principio de equivalencia, entendiendo que el resultado alcanzado no es contrario a la Directiva. Pero sí en cambio si se analiza desde la perspectiva del principio de efectividad dado que “el consumidor queda obligatoriamente vinculado por el resultado de la acción colectiva, incluso cuando decida no participar en la misma, y la obligación que el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impone al juez nacional impide a éste realizar un análisis propio de las circunstancias que concurren en el asunto del que conoce. En particular, no serán determinantes a efectos

³³⁷ El órgano jurisdiccional remitente señala que la suspensión o incluso el sobreseimiento de las acciones individuales, en el supuesto de que esté pendiente una acción colectiva paralela, puede resultar perjudicial para los intereses de los consumidores de que se trate, puesto que los demandantes que han presentado demandas individuales no pueden obtener ya una respuesta específica a sus pretensiones, sino que quedan sometidos al resultado de esa acción colectiva, aunque hayan decidido no intervenir en ella.

de la resolución del litigio individual ni la cuestión de la negociación individual de la cláusula respecto de la que se alega el carácter abusivo, ni la naturaleza de los bienes o de los servicios objeto del contrato en cuestión” lo que adquiere singular relevancia si “se tiene en cuenta que, en Derecho interno, si desea adherirse a la acción colectiva, el consumidor está sujeto, tal como resulta del auto de remisión, a condicionantes relativos a la determinación del órgano jurisdiccional competente y a los motivos que pueden invocarse. Asimismo, pierde necesariamente los derechos que le serían reconocidos en el marco de una acción individual, esto es, la toma en consideración de todas las circunstancias que caracterizan su causa, y la posibilidad de renunciar a que no se aplique una cláusula abusiva, *a fortiori* si no puede desvincularse de la acción colectiva”, estimando que razonamientos como evitar la saturación de los juzgados con demandas individuales, o incluso el riesgo de obtenerse resoluciones contradictorias no justifican en estos términos la pérdida de efectividad de los derechos reconocidos en la Directiva, declarando por ello contraria a la Directiva la interpretación que conduce a la suspensión automática del procedimiento por prejudicialidad civil.

Los problemas que se han apuntado tienen, como se ha visto, su origen en las relaciones, defectuosamente resueltas para nuestro proceso civil, entre la acción colectiva de protección de los consumidores y las acciones individuales ejercitadas por estos en tutela de sus propios intereses. El artículo 222.3 de la LEC dispone la extensión de los efectos de la cosa juzgada a los sujetos no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de la Ley. El citado artículo 11, salvando en todo caso la legitimación individual de los perjudicados, concede legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas para la defensa en juicio de un lado de los derechos e intereses de sus asociados; en segundo lugar, de los derechos e intereses de la asociación; pero también de los intereses generales de los consumidores.

Ciñéndonos a esta última legitimación, supuesto de legitimación extraordinaria³³⁸, el artículo 15 de la LEC establece una distinta obligación de publicidad según los consumidores y usuarios afectados se hallen determinados o sean determinables o no sea ello posible. Así, junto con la publicación general del número segundo a través de la publicación de la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en que se haya manifestado la lesión de los derechos e intereses que se pretenden proteger, para el caso de que los perjudicados sean determinados o fácilmente determinables, la demandante deberá haber comunicado previamente su propósito de demandar a todos los interesados, pudiendo en cualquier momento del proceso personarse el consumidor o usuario perjudicado, aunque con respeto al principio de preclusión de los actos ya producidos. En cambio, en los casos en que los afectados sean indeterminados o de difícil determinación, el Letrado de la Administración de Justicia, tras la publicación o llamamiento regulado en número primero del artículo³³⁹, suspenderá el procedimiento por un plazo máximo de dos meses, para la intervención en el procedimiento de los consumidores y usuarios que hayan acudido a dicho llamamiento, y tras ello no se permitirá la personación ulterior de los mismos, sin perjuicio del contenido de los artículos 221 y 519 de la LEC. Y en todo caso, queda excluida de este llamamiento la acción de cesación, lo que CORDÓN MORENO justifica en que esta acción vincula solamente al empresario infractor, y el efecto de la sentencia sobre los

³³⁸ Explica PLANCHADELL GARGALLO, A., *op. cit.* pp. 93-94 que “La legitimación ordinaria es la determinada por la titularidad de la relación jurídica material u objeto litigioso, de forma que la legitimación activa corresponde a quien afirma ser titular de los derechos e intereses en juego (art. 24 CE), de la relación jurídico material, correspondiendo la legitimación pasiva a quien se imputa la obligación derivada de la relación jurídico material”; en cambio, en la legitimación extraordinaria “la posición habilitante para plantear la pretensión no deriva de la relación jurídico material, sino de una expresa previsión legislativa al respecto, que otorga legitimación a quien no es titular de la relación jurídico material”.

³³⁹ “En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará por el Secretario judicial publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses”.

consumidores es meramente reflejo, no impidiéndoles posteriormente plantear acciones resarcitorias individuales³⁴⁰.

La intervención de los concretos consumidores que comparezcan al proceso se resuelve a través del mecanismo del artículo 13 de la LEC y, en tal caso, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente respecto de sus pretensiones (artículo 221.3 LEC)³⁴¹. En la sentencia que se dicte, si se hubiere pretendido una condena dineraria, el párrafo primero del artículo 221 obliga al juzgador a determinar individualmente a los consumidores y usuarios beneficiados por la condena; y en el caso de que ello no sea posible, los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago e instar la ejecución o intervenir en ella, para el caso de que la inste la asociación demandante. Para el caso de que se hubiere solicitado la declaración de ilicitud de una actividad o conducta, será la sentencia la que determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. La posibilidad de que se acumulen a la acción de cesación la de reparación o restitución de las cantidades reclamadas incrementa los problemas derivados de la extensión de la cosa juzgada a los sujetos no litigantes.

Lo que es evidente es que la opción del legislador es la vinculación del proceso individual al proceso colectivo, a través de la extensión de los efectos

³⁴⁰ CORDÓN MORENO, F. (2016), “Relación entre la acción colectiva y la acción individual para la defensa de los derechos de los consumidores: cuestión prejudicial de derecho comunitario. Las conclusiones del Abogado General”, *Centro de Estudios de Consumo, PUBLICACIONES JURÍDICAS* www.uclm.es/centro/cesco, disponible on line.

³⁴¹ Para GASTÓN INCHAUSTI, F. (2005), “La protección de los consumidores en el proceso civil español”, Publicado en la página web del Institut André Tunc de la Université Paris I – Panthéon Sorbonne, <http://panjuris.univ-paris1.fr/pdf/texteINCHAUSTI.pdf>, pp. 24-25 “Esta intervención, en principio, los colocará en la posición activa, esto es, también como demandantes, junto a la entidad que haya interpuesto la acción colectiva. Además debe reconocerse que el consumidor individual no entra en el proceso únicamente para apoyar el ejercicio de la acción colectiva, sino que se justifica, según el propio art. 15.1 LEC para hacer valer “su derecho o interés individual”. Se produce, pues, una auténtica acumulación de acciones: de un lado, la acción colectiva; y junto a ella, la acción individual de cada uno de los consumidores que hayan decidido intervenir. Así, esta posible intervención de los consumidores a título individual en el marco del proceso en que se está ejercitando una acción colectiva es una de las muestras más claras de que el sistema de acciones colectivas diseñado por el legislador español se encuentra alejado de las *class-actions* estadounidenses: en España no se ha abandonado la visión subjetiva e individualizada del daño y su reparación”.

de la sentencia en los términos del artículo 222.3 de la LEC³⁴². Y ello además con independencia del signo de la sentencia, es decir, vinculando al consumidor el contenido de la sentencia independientemente del sentido estimatorio o desestimatorio de la pretensión, sin vincular la cosa juzgada *secundum eventum litis*³⁴³.

La STJUE de 14 de abril de 2016³⁴⁴ analiza la correlación entre ambas acciones desde el prisma del principio de la efectividad en la protección de los

³⁴² “La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta ley”.

³⁴³ GRANDE SEARA, P. (2009), *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 290, para quien “esta excepcional extensión subjetiva de la cosa juzgada material se puede explicar a partir de la propia naturaleza de los intereses en juego, que, recordemos, se concreta en el disfrute conjunto, simultáneo y no exclusivo de un bien por parte de una colectividad de sujetos, y que se es titular de los mismos en cuanto miembro de esa colectividad, sin que tal titularidad venga condicionada de modo determinante por circunstancias individualizadas”.

En el derecho comparado resume PLANCHADELL GARGALLO, *op. cit.* pp. 40-41, los diversos sistema de tutela de los intereses colectivos, siempre desde el prisma de la efectividad de la protección dispensada: a través del modelo representativo mediante acciones colectivas al estilo anglosajón o mediante legitimación de las asociaciones que tienen entre sus fines la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios; la acumulación de las diversas formas de pretensiones y de los intereses individuales; o a través del proceso modelo, que exige previamente la agrupación formal o informal de los interesados.

La relación de los procesos individuales con los procesos colectivos se puede resolver mediante el sistema del *opt-out*, propio del derecho norteamericano, que impone la extensión de los efectos del proceso colectivo de forma absoluta a los perjudicados, que además no pueden intervenir normalmente en el proceso, pudiendo únicamente eludir dicha extensión de los efectos ejerciendo el derecho de exclusión, que le permitirá la tutela individual de sus derechos.

Más cercano a nuestro concepto subjetivo de defensa del derecho se haya el sistema *opt-in*, que implica que los particulares perjudicados que quieran verse favorecidos por el proceso colectivo deben manifestar de forma expresa su voluntad en tal sentido, aun cuando no intervengan materialmente en el proceso, PLANCHADELL GARGALLO, *op. cit.* pp. 42-43.

El sistema del *opt-out* se propone por LAFUENTE TORRALBA como adecuado para suavizar la aplicación automática de los efectos de la litispendencia en las acciones individuales derivados de la interposición del proceso colectivo, que a su juicio es automática e inevitable, “de esta manera, se ofrecería al consumidor individual a posibilidad de comparecer en el proceso colectivo y manifestar su deseo de no quedar vinculado por la sentencia, reservándose el derecho de acciones separadamente” (...) pudiendo funcionar como “válvula de escape” para el consumidor ante las disfunciones del sistema, *op. cit.* pp. 871-874.

Lamenta por su parte DE TORRES PEREA, J.M. (2006), “Las cláusulas abusivas en la contratación de préstamo con garantía hipotecaria para la financiación de compra de vivienda”, en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, CAÑIZARES LASO, A. (Coord), Edit. Tecnos, Madrid, p. 240, que la opción del legislador haya extendido el efecto de la sentencia únicamente a los consumidores, limitando sin embargo el efecto únicamente al empresario demandado, a diferencia de lo que ocurre con el derecho norteamericano donde al declararse abusiva una cláusula contenida en un contrato con condiciones generales queda esta automáticamente anulada al igual que cualquier otra cláusula igual pactada en análogas circunstancias por otro empresario.

³⁴⁴ Asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14. La sentencia resuelve la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de lo Mercantil 9 de Barcelona, ante el que se promovió una acción individual por un consumidor en solicitud de declaración de la cláusula suelo en un contrato de préstamo hipotecario, habiéndose excepcionado por la entidad bancaria demandada litispendencia por la demanda colectiva promovida por la asociación de consumidores ADICAE que analizamos. El órgano judicial pregunta al TJUE si el efecto suspensivo del procedimiento individual por la promoción de una demanda colectiva como la indicada no es un obstáculo a la defensa efectiva del consumidor, que no puede desvincularse de la acción colectiva.

consumidores, concluyendo que la paralización automática del procedimiento individual por la interposición de una demanda colectiva es contraria a la Directiva. Observemos que el efecto de la apreciación de la excepción de litispendencia no es la suspensión del procedimiento sino el sobreseimiento del mismo, por estimar la identidad de procesos. La litispendencia supone valorar la cosa juzgada antes de que recaiga sentencia en el procedimiento. El TJUE además rechaza la adecuación a la Directiva de la conexión de ambas acciones a través del mecanismo de la prejudicialidad civil, que conllevaría la apreciación ulterior del efecto prejudicial o positivo de la cosa juzgada.

Pero no únicamente desde el prisma de la efectividad quiebra la conexión de ambos procesos, sino desde la distinta naturaleza de los mismos cuando a la protección de los derechos de consumidores se refiere. La acción colectiva por su propia naturaleza, es una acción desligada del concreto contrato en que se introduce la cláusula debatida. Las condiciones concretas que han rodeado la inserción de la cláusula litigiosa en un contrato no se tienen en cuenta para resolver sobre el carácter abusivo ilícito de la misma. Es un argumento utilizado por el TJUE en la sentencia de 14 de abril de 2016, que destaca el carácter preventivo y disuasorios de las acciones colectivas, pero en todo caso, no reguladas por el mismo régimen que las acciones individuales: “sin negar la importancia del papel fundamental que deben poder desempeñar para lograr un elevado nivel de protección de los consumidores en el seno de la Unión Europea, hay que hacer constar, no obstante, que una acción de cesación que enfrente a una de tales asociaciones con un profesional no se caracteriza por el desequilibrio que existe en el contexto de una acción en la que estén implicados un consumidor y el profesional con el que contrata (véase la sentencia de 5 de diciembre de 2013, Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León, C-413/12, EU:C:2013:800, apartado 50)”³⁴⁵.

³⁴⁵ Critica ALFARO que el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013, apreciara la falta de transparencia de la cláusula suelo de los contratos que analizaba en el ámbito de la acción de cesación, pues si la transparencia se anuda a la información, a la conciencia por el consumidor de la cláusula, que afecta a los elementos esenciales del contrato, la declaración de nulidad por falta de transparencia desligada de las concretas circunstancias de cada consumidor encorseta el análisis sobre

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la excepción de litispendencia apreciada por los órganos judiciales en relación a

la transparencia: “en la sentencia de 9 de mayo de 2013, el Supremo cometió tres errores. El primero, el de decir que la nulidad de pleno derecho no tiene efectos retroactivos si se pone en peligro la estabilidad económica. Ese es el error que ha de corregir para el futuro a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia. El segundo, y más relevante a nuestro juicio para solucionar de una vez por todas el monumental lío que han causado las cláusulas-suelo, es el de considerar que puede declararse intransparente una cláusula predispuesta urbi et orbe y para todos los casos en los que una cláusula con idéntico tenor literal a la discutida en el pleito ante el Supremo se haya incluido en un contrato (...) porque el Supremo no tenía a la vista información sobre las circunstancias concretas que rodearon la celebración de los contratos concretos en los que se había incluido la cláusula-suelo.” (...) “El tercer error lo cometió la sentencia de 9 de mayo de 2013 al establecer unos criterios demasiado rígidos y desproporcionados para decidir sobre la transparencia o falta de transparencia de la cláusula-suelo. Aquello de las “simulaciones” estaba fuera de lugar. El Supremo debería revocar también la sentencia en este particular limitándose a indicar que lo decisivo es que el consumidor pudiera tomar conciencia, razonablemente, del significado y alcance de la cláusula-suelo, de forma que debe bastar con que esté claramente redactada y se incluya en el contrato junto con y con la misma relevancia que la cláusula que determina el tipo de interés.”, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2017), “¿Y ahora qué?”, *InDret*, pp. 6-7. En sentido similar PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017), “Algunas notas sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016 que declara contraria a derecho comunitario la doctrina jurisprudencial sobre la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo”, *InDret*, p. 4: “El pronunciamiento sobre la irretroactividad, o más correctamente sobre la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, parecía no responder a una razón jurídica, sino económica, la de mitigar el impacto económico que para las entidades demandadas tendría la consecuencia natural de esta nulidad, es decir, la restitución íntegra de todas las cantidades que hubieran cobrado a los prestatarios consumidores de más en virtud de la referida cláusula suelo. Este pronunciamiento parece ser la compensación de un exceso en que incurrió la doctrina sobre el control de transparencia: no tanto por haber establecido el nivel de transparencia exigido para que las cláusulas suelo fueran válidas en un umbral muy alto, sino por haberlo hecho en un procedimiento colectivo – pues recordemos que la STS 9 mayo 2013 resolvía una acción de cesación- considerando nulas en abstracto y sin posibilidad de valoración de las circunstancias de cada caso concreto todas las cláusulas suelo incluidas en los miles de préstamos hipotecarios concertados por las entidades demandadas con consumidores, lo que supuso trasladar el mensaje de que las cláusulas suelo, aunque se dijera que eran nulas sólo cuando hubiera habido una falta de transparencia, en realidad eran nulas siempre.”

También critican con vehemencia la STS de 9 de mayo de 2013 CARRASCO PERERA, A. y GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2013), “La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 7, p. 128, para quienes la “sentencia no ha contentado a ninguno de los agentes enfrentados, ha creado extremada inseguridad jurídica, como se desprende de la caótica evolución jurisprudencial posterior en primera instancia y en apelación, se soporta sobre argumentos indefendibles y absurdos en el terreno de legalidad civil ordinaria y es, finalmente, inconstitucional, porque lesiona el derecho de tutela judicial efectiva de las entidades financieras demandas y recurridas (probablemente también el de AUSBANC, aunque la asociación no tenga ahora interés en recurrir más alto). Sólo de este último reproche de inconstitucionalidad, el más contundente y el más evidente, nos ocupamos en el presente trabajo. Pero no queremos dejar de advertir cómo la praxis judicial civil posterior a la sentencia del TS se ha encargado de confirmar con los hechos que el brillante test de transparencia constituye un invento espurio, porque la praxis no ha realizado ningún esfuerzo por examinar las circunstancias de hecho de cada caso, y se aboca a una declaración automática de nulidad, revelando con ello la inexistencia de un espacio propio para el examen de la transparencia”.

Tal vez ello justifique la reacción del propio Tribunal Supremo en recientes resoluciones, ajustando el deber de transparencia en el caso concreto a la prueba del conocimiento e información recibida individualmente por el consumidor. En la STS de 9 de marzo de 2017, ROJ: STS 788/2017, el Tribunal declara que “en una acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba. En este sentido, en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia”.

la mencionada demanda de ADICAE en su sentencia 148/16 de 19 de septiembre de 2016³⁴⁶. El Tribunal analiza desde el prisma del derecho del artículo 24 de la CE, el archivo por acogimiento de la excepción de litispendencia, valorando la relación entra las acciones de cesación e individual, a la vista de la regulación legal y de la normativa comunitaria, y de la STJUE 14 de abril de 2016. Especialmente tiene en cuenta el TC la supresión del llamamiento a los consumidores y usuarios individuales establecida en el artículo 15 de la LEC, concluyendo que extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato, en los términos observados antes por nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. O cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas³⁴⁷

El último de los mecanismos de control abstracto previsto en nuestro ordenamiento jurídico se quiere encontrar en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Su nula utilidad práctica reside en los escasos efectos jurídicos que su utilización reporta. La inscripción de las condiciones

³⁴⁶ BOE 31 de octubre de 2016. La doctrina expuesta ha sido seguida en resoluciones posteriores: STC 209/16 de 12 de diciembre (BOE 20 de enero de 2017); STC 208/16 de 12 de diciembre (BOE 20 de enero de 2017); STC 207/16 de 12 de diciembre (BOE 12 de enero de 2017); STC 206/16 de 12 de diciembre (BOE 20 de enero de 2017); STC 218/16 de 19 de diciembre de 2016 (BOE 27 de enero de 2017); STC 221/16 de 19 de diciembre de 2016 (BOE 27 de enero de 2017); STC 223/16 de 19 de diciembre de 2016 (BOE 27 de enero de 2017):

³⁴⁷ Sobre la supresión de la necesidad del llamamiento a los consumidores o usuarios individuales en la acción de cesación razona el TC: “La exposición de motivos de la Ley 39/2002 justificó este añadido en razones de celeridad procesal (apartado II). En cualquier caso, resulta evidente que al eliminarse las medidas de publicidad del proceso para las acciones de cesación, el legislador asume no solamente que el consumidor individual no necesita estar presente en las actuaciones del proceso colectivo y, por ello mismo, puede actuar al margen de él ejercitando la acción de nulidad individual en un proceso autónomo. También que, en consecuencia, no puede deducirse judicialmente ninguna privación o sacrificio a dicha acción individual, por mor de una carga de personación al proceso de cesación que no existe”.

generales por los predisponentes es de carácter potestativo, y así resulta del contenido del número 2 del artículo 11 de la LCGC. El Registrador, conforme al número 9 del citado precepto, extenderá en todo caso el asiento, si bien previa calificación de la concurrencia de los requisitos establecidos. De ello parece derivarse que el Registrador no podrá oponerse a la extensión del asiento por estimar que las condiciones generales contienen cláusulas nulas, limitándose la calificación al examen de que se trata de condiciones generales de la contratación y a los requisitos de acceso formal al Registro³⁴⁸. No se derivan apenas efectos de la inscripción, que carece de eficacia declarativa o constitutiva o de presunción de exactitud. El desconocimiento generalizado del funcionamiento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación se manifiesta en su falta de relevancia efectiva en los procesos judiciales iniciados.

La crisis del Registro de Condiciones Generales de la Contratación se plasma en la Resolución de la DGRN de 28 de abril de 2015³⁴⁹, que analizando el control del contenido por los registradores de la propiedad de las cláusulas abusivas insertas en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, concluye que “podrán rechazar la inscripción de las cláusulas cuya nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores, y aquellas otras cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación, porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3º de la Ley Hipotecaria, con base en la doctrina de la nulidad «*apud acta*» recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de

³⁴⁸ BUSTOS LAGO, J.M. (2001), “El control registral de las condiciones de los contratos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 667, pp. 1939-2004.

³⁴⁹ BOE 1 de junio de 2015.

septiembre de 2013”, prescindiendo por ello del requisito de dicha inscripción en el Registro impuesto por el artículo 84 TRLGDCU, sobre el que volveremos en el capítulo cuarto³⁵⁰.

4.4. Del control de inclusión al control de transparencia

El control de las condiciones generales en la contratación con consumidores se materializa en dos aspectos: el control de inclusión o de incorporación de las mismas en el contrato (control formal), y el llamado control del contenido relacionado con el carácter abusivo de las cláusulas del contrato (control sustancial).

De pieza clave del sistema del control de las condiciones generales se califica al control de inclusión³⁵¹, que hace referencia a las reglas que permiten fiscalizar el cumplimiento de los requisitos de incorporación formal de las condiciones generales en el contrato, de forma que venga a garantizarse el conocimiento o cognoscibilidad y la comprensión de las condiciones generales³⁵². Se trata de requisitos de carácter formal, y atienden a las exigencias contenidas en los artículos 5 y de la LCGC y en artículo 80 apartados a) y b) del TRLGDCU, de concreción, claridad, sencillez, comprensibilidad, legibilidad y accesibilidad³⁵³.

³⁵⁰ Para ARANGUREN URRIZA, F.J. (2016), “Control notarial de legalidad en los préstamos hipotecarios”, en *Vivienda, préstamo y ejecución*, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. / MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (dir), Aranzadi, Navarra, pp. 741-794, está en crisis el Registro y la interpretación de los preceptos que a él y a la eficacia de la inscripción en él se refieren.

³⁵¹ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (2000), “Antecedentes de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Los sucesivos Anteproyectos de Ley”, en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, NIETO CARO, U. (dir), Lex Nova, Valladolid, p. 85.

³⁵² Explica PAGADOR LÓPEZ, J. (2000), “Los requisitos de inclusión o incorporación: introducción y función”, en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, NIETO CARO, U. (dir), Lex Nova, Valladolid, p. 223, “para que las condiciones generales desarrollen el cometido que les es propio, esto es, prever y regular aspectos secundarios pero relevantes de las relaciones contractuales en que se incardinan, es necesario que formen parte del contrato, Y que suceda esto o no es cosa que no se resuelve conforme a las reglas generales aplicables en materia contractual sino que es objeto de una disciplina específica a la que conocemos como control de inclusión o incorporación”.

³⁵³ La Ley 3/2014 de 27 de marzo a modificado la redacción del artículo 80 del TRLGDCU detallando las características de la letra con que deben ser redactadas las condiciones generales:

“a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

Para GUILLARTE GUTIÉRREZ³⁵⁴ “a través del control de incorporación se busca definir las cláusulas que se integran en el contrato en función de su conocimiento o cognoscibilidad por el adherente que determina el que se entienda válidamente prestado el consentimiento por parte de dicho contratante”. Comparte con ello la opinión doctrinal que equipara el control de inclusión o incorporación con los requisitos de la formación del consentimiento del adherente, de manera que llega a denominarse control del consentimiento o control de la formación del contrato. En cambio para PAGADOR LÓPEZ³⁵⁵ “el cumplimiento de los requisitos de inclusión no basta para garantizar la existencia de consentimiento negocial stricto sensu del cliente respecto de las condiciones generales y, por ello, no es un control del consentimiento³⁵⁶. Se trataría de requisitos que hacen referencia a la disponibilidad y entrega de las condiciones generales de la contratación, a la legibilidad de las mismas, a la claridad y sencillez en la redacción, que permita una comprensión real sin necesidad de auxilio de terceros. Siguiendo a Alfaro, PAGADOR LÓPEZ resume desde el punto de vista práctico los requisitos de preceptibilidad y comprensibilidad en las exigencias de legibilidad (o perceptibilidad), comprensibilidad y concreción³⁵⁷.

La exigencia de legibilidad tiene un carácter eminentemente formal, hace referencia al formato del texto escrito, cuando el contrato se celebra por escrito, a la entrega de condicionado general o en su caso a su conocimiento o disponibilidad, e incluso a la tipografía de la letra, como se ha explicado, incluida como requisito legal, pretendiendo terminar con la práctica tan

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.”

³⁵⁴ GUILLARTE GUTIÉRREZ, V. (2001), “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación (crónica de lo incomprensible)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 54, n° 3, p. 1112.

³⁵⁵ *Op. cit.* pp. 225-226. LLODRÁ GRIMALT, F., *op. cit.*, considera que los requisitos de incorporación tienen como función suplir la fase de tratos previos y garantizar al adherente que el predisponente haya observado la buena fe exigida en la fase de preparación del contrato.

³⁵⁶ Sería en todo caso un consentimiento de segundo grado “admisible a la vista del contenido regulador típicamente secundario o accesorio de las condiciones generales”.

³⁵⁷ El control de incorporación se aplica a la totalidad de las condiciones generales de la contratación, no siendo por ello exclusivo de la contratación con consumidores, como lo resaltó la STS de 9 de mayo de 2013 y lo reitera la reciente sentencia de 20 de enero de 2017, ROJ: STS 124/2017.

extendida de hacer de la *letra pequeña* un texto absoluto o dificultosamente legible, que aumenta la sensación del consumidor adherente de la imposibilidad de negociación y evitación del clausulado, que por ello, normalmente, ni siquiera pretende leer en su integridad.

El requisito de la comprensibilidad en cambio, tiene un contenido material, y del mismo resulta el derecho a la información del adherente, y la correlativa obligación de información del proferente: “la exigencia de comprensibilidad supone para el predisponente la imposición de cargas o deberes tanto con relación al tipo de lenguaje a utilizar y a la cantidad de información a suministrar, como con relación a la propia forma de presentación del clausulado”³⁵⁸.

La consecuencia derivada de la falta de cumplimiento de los requisitos de inclusión de las cláusulas contractuales es la no incorporación de dicha cláusula. No se aplicará por tanto regla de interpretación contra *proferentem* sino que la cláusula se tendrá por no puesta, por inexistente.

La relación entre el control de inclusión y el control del contenido, como señala ALFARO, es sencilla: sólo cuando la cláusula cumpla con los requisitos de incorporación, en el caso de contratación con consumidores, apreciará el juez la legalidad de la misma a la luz del llamado control del contenido³⁵⁹.

La simplicidad de los términos en que ha sido expuesta la cuestión termina cuando la cláusula sobre la que se realiza el control judicial se refiere a lo que se denomina las condiciones esenciales del contrato. Según el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CE la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes

³⁵⁸ PAGADOR LÓPEZ, J. *op. cit.* p. 237. En este sentido las obligaciones administrativas de información que impone en su ámbito de aplicación la OM de 5 de mayo de 1994, que positivizan las obligaciones de información sobre ciertas condiciones financieras en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria.

³⁵⁹ “La relación entre inclusión y control del contenido es, en principio, clara. El juez debe comprobar, en primer lugar, si las condiciones generales han quedado incorporadas al contrato antes de analizar si son abusivas o no. Sin embargo, cuando sea dudoso si los requisitos de inclusión se han cumplido o no, y la cláusula resulte nula por contrariedad a la buena fe (art. 10.1 c) en relación con el art. 10.4 LCU), nada impide al juez dejar sin resolver la cuestión de la inclusión y acudir al control del contenido”, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación, ... op. cit.*, p. 204.

que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible³⁶⁰. Esto es, queda fuera del control de la legalidad la definición del objeto principal del contrato y el equilibrio entre precio y retribución, la adecuación entre ambos, lo que se ha denominado el contenido esencial del contrato. Siempre que las cláusulas referidas a estos elementos se hayan redactado de manera clara y comprensible, aclara el texto de la Directiva.

En nuestro ordenamiento jurídico no se traspuso el apartado segundo del artículo 4 de la Directiva. Siendo la Directiva de armonización de mínimos, se admitió por el TJUE que los Estados miembros pudieran conceder un nivel de protección superior al comprendido en su texto, bien permitiendo de manera expresa el control de los elementos esenciales del contrato, o bien no trasponiendo el precepto citado, con voluntad de someter al control judicial tales elementos. El Tribunal Supremo, con motivo de un recurso de casación en relación con la cláusula de redondeo al alza del interés remuneratorio, formuló cuestión prejudicial ante el TJUE³⁶¹ sobre la posibilidad del control judicial de los elementos esenciales del contrato, cuestión resuelta por la

³⁶⁰ En síntesis, el fundamento de la exclusión de estas cláusulas del control del contenido abusivo (sólo cuando estén redactadas de manera clara y comprensible) se encuentra en varias consideraciones, reiteradamente señaladas: (1) no parece defendible entender que el consumidor no ha tenido en consideración y, por tanto, que no ha prestado su auténtico consentimiento a estos extremos primordiales como las características del objeto o servicio y el precio que se le solicita como contravalor; (2) resulta difícilmente sostenible el control sobre la ecuanimidad de cuestiones metajurídicas, puramente económicas, salvo en casos realmente excepcionales; (3) el sistema contractual se asienta en la autonomía de la voluntad, que sufriría un cercenamiento considerable en caso de admitirse el control de los elementos esenciales; (4) el funcionamiento del mercado y los principios de defensa de la competencia, que revelan cierto modelo económico-constitucional en el que rige la libertad de precios, son las bases en las que debe moverse el juego negocial de los elementos esenciales del contrato”, CÁMARA LAPUENTE, S. (2006), *El control de las cláusulas abusivas sobre los elementos del contrato*, Aranzadi, Navarra, p. 19.

³⁶¹ El Tribunal Supremo formulaba las siguientes cuestiones al TJUE:

- 1) ¿El artículo 8 de la [Directiva] debe ser entendido en el sentido de que un Estado miembro puede establecer, en su legislación y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de aquellas cláusulas cuyo control excluye el artículo 4.2 de la [Directiva]?
- 2) En consecuencia, ¿el artículo 4.2 de la [Directiva], puesto en relación con el artículo 8 de la misma, impide a un Estado miembro establecer en su ordenamiento, y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran a “la definición del objeto principal del contrato” o “a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida”, aunque estén redactadas de manera clara y comprensible?
- 3) ¿Sería compatible con los artículos 2, 3.1.g) y 4.1 del Tratado constitutivo una interpretación de los artículos 8 y 4.2 de la [Directiva] que permita a un Estado miembro un control judicial del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por los consumidores y redactadas de manera clara y comprensible, que definan el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida?»

STJUE de 3 de junio de 2010 (C-484/08) en la que el TJUE no sólo reconocía la posibilidad de que los Estados miembros incrementaran el nivel de protección de los consumidores respecto del establecido en la Directiva, sino que consideraba el silencio del legislador español como aceptación en nuestro país del control judicial sobre los elementos esenciales del contrato³⁶²: “En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible”³⁶³.

La doctrina había criticado esta posibilidad para el derecho español del control judicial de los elementos esenciales del contrato: se alegaba el abandono en nuestro derecho de la rescisión por lesión, la falta del requisito de imposición sobre tales elementos esenciales, a los que se dirige el

³⁶² CÁMARA LAPUENTE, S. (2013), “¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 de mayo de 2013, sobre las cláusulas suelo”, *Cuaderno de Derecho trasnacional*, Vol. 5 n° 2, p. 218, critica la equiparación en el caso español del silencio del legislador a la voluntad de implementar un control judicial respecto de los elementos esenciales del contrato, no sólo contrario a la regulación de nuestro Derecho civil sino al trámite parlamentario de la LCGC, que evidencia que la omisión comentada se debió a un mero error del legislador no corregido en las sucesivas modificaciones legislativas: “Es una historia de sobra conocida que al transponer la Directiva 93/13 en España por medio de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación se produjo un «error negligente» en la votación parlamentaria que hizo eliminar del texto legal el tenor literal del art. 4.2 de la Directiva, cuando precisamente el Gobierno, que presentaba el proyecto de ley y contaba con la mayoría necesaria para aprobarlo, defendió con contundencia que dicho inciso debía formar parte del Derecho español tal cual. Ocurrió algo tan simple y absurdo como que llegado el momento de la votación, los parlamentarios votaron varias enmiendas a la vez, incluida una de un grupo minoritario que defendía la supresión del inciso. En esa votación conjunta de enmiendas propias y ajenas, los parlamentarios que minutos antes defendieron la necesidad de incorporar el art. 4.2 votaron inconscientemente en contra de sus planteamientos. Este desenlace no se ha corregido en reformas legislativas posteriores”. En todo caso, expone críticamente el autor, la extralimitación del TJUE en la interpretación del derecho interno que contiene la sentencia y que indujo a una jurisprudencia errática del TS hasta la sentencia de 9 de mayo de 2013.

³⁶³ La STJUE se aparta y matiza las conclusiones alcanzadas en su sentencia de 10 de mayo de 2001 (C-144/99) permitiendo que los Estados miembros puedan no incorporar el párrafo 4.2 de la Directiva, otorgando así una protección superior a los consumidores: “según jurisprudencia reiterada, si bien es cierto que la adaptación del ordenamiento jurídico nacional a una directiva no exige necesariamente una acción legislativa de cada Estado miembro, sin embargo es indispensable que el correspondiente Derecho nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la directiva, que la situación jurídica que resulte de dicho Derecho sea suficientemente plena y clara y que permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los tribunales nacionales”.

consentimiento expreso del adherente consumidor mediante la aceptación de la oferta, la modificación legislativa del artículo 10 bis 1 de la anterior Ley general para la defensa de consumidores y usuarios, al suprimir la expresión “justo equilibrio de las contraprestaciones” por “desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes” y la incidencia en la economía y en la libertad de empresa derivada de un control judicial sobre la adecuación del precio y la contraprestación³⁶⁴.

La sentencia del Pleno del TS del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, viene a concluir finalmente la imposibilidad del control del contenido de los elementos esenciales del contrato³⁶⁵, aun cuando establece respecto de

³⁶⁴ “La doctrina mayoritaria mantenía y mantiene que no cabe aplicar a los elementos esenciales los criterios de control de las cláusulas abusivas con argumentos contundentes: a) La falta de voluntad legislativa de hacerlo así, como demuestra la tramitación parlamentaria. b) La primacía de la autonomía de la voluntad diseñada por el sistema económico constitucional sobre la base de los principios de libertad de empresa, de precios y de libre competencia: la relación calidad precio es una cuestión económica y no jurídica que se rige por las reglas del mercado. c) La falta del requisito de la imposición en las cláusulas sobre elementos esenciales (precio/bien/servicio), pues el consumidor ha consentido o ha podido consentir sobre ellos, puede comparar ofertas (si son transparentes) y rechazarlas o aceptarlas, sabiendo qué va a adquirir y qué precio está dispuesto a pagar, por lo que esos elementos pueden entenderse negociados (incluso por ello parte de la doctrina entiende que no son técnicamente condiciones generales). d) El art. 4.2 de la Directiva ha recibido una transposición indirecta o implícita por la nueva redacción del art. 10 bis 1.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al transponer la Directiva en 1998: donde antes la ley se refería al «justo equilibrio de las contraprestaciones», tras la implementación alude al «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes», de conformidad con los arts. 3 y 4.2 de la Directiva; lo mismo establece hoy el art. 82 del Texto Refundido de 2007 de esa Ley; por lo tanto, se desplaza el control desde una hipotética vigilancia del desequilibrio económico (de las prestaciones u objetos que se intercambian) a una revisión del desequilibrio jurídico de derechos; este argumento ha sido recogido como decisivo en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 junio 2012 que entiende vigente en España el contenido del art. 4.2 de la Directiva pese a la sentencia Caja Madrid y ha sido refrendado por la STS (Pleno) 9 mayo 2013. e) La falta de transposición «formal» del art. 4.2 de la Directiva debe salvarse aplicando el principio de interpretación conforme establecido por el TJUE pues el silencio legislativo no es suficiente para entender producida esa transposición; aunque la jurisprudencia comunitaria admite implementaciones implícitas de la directiva, exige que se genere con ellas una situación «clara y precisa»; si la propia sentencia Comisión v. Países Bajos cree que no se cumple ese requisito con una consolidada jurisprudencia nacional conforme a la Directiva (en el sentido de que el control de transparencia sí se aplica a los elementos esenciales pese a la laguna legal), a fortiori, mucho menos podrá entenderse cumplido ese requisito de seguridad en una jurisprudencia dividida como la española, tanto antes como después de la sentencia Caja Madrid (al menos hasta la reciente STS 9 mayo 2013). f) Un control judicial de precios, por imperativo constitucional, sólo se da excepcionalmente y con autorización legislativa expresa (principio de legalidad), para lo que no basta un silencio normativo, que reintroduciría el mecanismo de la rescisión por lesión y el precio justo que el Código civil español descartó casi por completo. Antes de la sentencia Caja Madrid bastantes sentencias aplicaron esos argumentos y el art. 4.2 de la Directiva como la solución propia del Derecho español”, CÁMARA LAPUENTE, S. *op. cit.* p. 219.

³⁶⁵ “sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, apartado 40 “[...]no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”, y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que “[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición

estos el control de transparencia o doble control de inclusión: el control de incorporación es de aplicación, como hemos dicho a la totalidad de las condiciones generales utilizadas en los contratos; el control de transparencia se aplicará de forma exclusiva sobre las cláusulas que constituyen los elementos esenciales del contrato y en la contratación con consumidores³⁶⁶:

del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible". Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual "los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible", y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que "[...] hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración". En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTs 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, apuntaron, más o menos *obiter dicta* [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio."

³⁶⁶ La STS de 3 de junio de 2016 (ROJ: STS 2550/16) entendió que "este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor. 4.- Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No correspondiendo a los tribunales la configuración de un «*tertium genus*» que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores."

La sentencia establece, sin embargo, un posible control del clausulado impuesto al adherente no consumidor conforme al principio de la buena fe, de forma que serían susceptible de control judicial aquellas cláusulas impuestas que fueran contrarias a la buena fe, a las legítimas expectativas del adherente en la contratación, causando un notable perjuicio al mismo: "vista la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la exposición de motivos de la LCGC a las normas contractuales generales, y nuestra jurisprudencia al régimen general del contrato por negociación, hemos de tener en cuenta que los arts. 1.258 CC y 57 CCom establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Para ello, puede considerarse

“El control de transparencia impone un plus a los controles de incorporación ya referidos, exigiendo el conocimiento por el consumidor adherente de la carga económica y jurídica que la introducción de la cláusula conlleva para el mismo: la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante. En definitiva, como afirma el IC 2000, “[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa”. En este sentido la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, ya citada, apartado 49, con referencia a una cláusula que permitía al profesional

que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el artículo 1.258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el *contenido natural del contrato* (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias -publicidad, actos preparatorios, etc- se derivan de la naturaleza del contrato)”. La sentencia cuenta con un voto particular del Magistrado Francisco Javier Orduña, que incardina el control de transparencia en el control de incorporación, no asimilándolo automáticamente con la abusividad de la cláusula, como resulta de la sentencia de 9 de mayo de 2013 y de la sentencia de la que discrepa. En atención a ello entiende la extensión del control de transparencia de la contratación con profesionales no consumidores.

modificar unilateralmente el coste del servicio contratado, destacaba que el contrato debía exponerse de manera transparente "[...] de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste [...]"³⁶⁷.

La autonomía y especificidad del control de transparencia ha sido reconocida por el TJUE, aunque con claridad con posterioridad a la STS de 9 de mayo de 2013. Así en la STJUE de 30 de abril de 2016 (asunto C-26/13) se recoge que el “artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo”; como en la STJUE de 23 de abril de 2015 (asunto C-96/14): “la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de aquéllas en un plano formal y gramatical. Por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva (véanse, en este sentido, las sentencias Kásler y Káslerné Rábai, C-

³⁶⁷ En la STS de 18 de junio de 2012 (ROJ: STS 5966/2012) el TS se refiere también el control de transparencia en el seno del control de inclusión: “En efecto, el control de inclusión, particularmente referido al criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte”.

26/13 , EU:C:2014:282 , apartados 71 y 72, y Matei, C-143/13 , EU:C:2015:127 , apartado 73).”

Es presupuesto, pues, del control de transparencia de un lado, que la cláusula sobre la que se proyecte se refiera a los elementos esenciales del contrato, no a los de carácter accesorio o normativo, porque respecto de ellos se predica el control del contenido al que nos referiremos con posterioridad³⁶⁸. Partiendo de que los elementos esenciales del contrato no pueden ser analizados desde el prisma de la justicia derivada de las contraprestaciones de las partes, la sustracción del control del contenido de tales cláusulas requiere la comprensibilidad de las mismas, y por ello la advertencia de la cláusula y el conocimiento de su significación en el conjunto del contrato. El control de transparencia se dirige, en primer lugar, a evitar cláusulas sorprendentes, aquellas que en las expectativas razonables del consumidor de acuerdo con el concreto contrato celebrado, ni eran esperables; pero también a aquellos otros elementos contractuales que la introducen una alteración subrepticia del equilibrio contractual. De ello resulta, en primer lugar, que la transparencia es predicable de los elementos esenciales del contrato que pueden constituir condiciones generales de la contratación, en tanto son impuestos, operando el control de transparencia en un ámbito distinto del error vicio (aunque no excluyente). Así concebido, en segundo lugar, el control de transparencia se sitúa en el seno de la información precontractual que debe ser suministrada por el predisponente al consumidor. Para PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, “la transparencia en relación a las cláusulas sobre el precio y la contraprestación, está llamada a incidir en la fase precontractual, y tiene que ser tal, que asegure en un momento anterior a la celebración del contrato, el conocimiento por el adherente del efecto que las mismas producen sobre el precio o la prestación, sin necesidad de una ocupación intensiva y a «primera

³⁶⁸ “La transparencia no puede ser el criterio determinante del carácter abusivo de todas las cláusulas de un préstamo hipotecario. Una información adecuada sobre la existencia de una cláusula sólo puede tener efectos sanadores respecto de aquellas cláusulas que tengan incidencia en la decisión de contratar, es decir, en relación a aquellas cláusulas sobre aspectos del contrato que típicamente son tomados en consideración por los consumidores para contratar con un oferente determinado de entre todos los que existen en el mercado”, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017), *La nulidad de la cláusula suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 17.

vista», de tal manera que el cliente pueda valorar el verdadero significado de la oferta en el mercado y compararla con las demás”³⁶⁹.

Nuestro Tribunal Supremo ha derivado el control de transparencia desde la ubicación el control de inclusión, al control del contenido, de forma que anuda directamente la falta de transparencia a la abusividad de la cláusula³⁷⁰ y así en su STS de 8 de septiembre de 2014³⁷¹, concluye que el control de transparencia forma “parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la

³⁶⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2003), “El control de transparencia de los elementos esenciales del contrato”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 17. Y también en *La nulidad de la cláusula suelo en préstamos hipotecarios... op. cit.* p. 38: “La transparencia sobre una cláusula relativa al objeto principal no ha de ir referida tanto a la forma de inclusión de la cláusula en el contrato, como a la información que se haya proporcionado sobre la misma en la fase precontractual, único momento en el que el adherente puede valorar el efecto de la cláusula sobre el coste del crédito”. La vinculación del control de transparencia con la información precontractual la recoge asimismo PLAZA PENADÉS, J. (2013), “Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2012, sobre la cláusula suelo”, *Diario La Ley 8112, sección doctrina*: “El principio o control de transparencia se encuentra estrechamente vinculado al de información. Así, la finalidad de la transparencia se relaciona con el adecuado conocimiento de la posición contractual y pretender preservar la libertad contractual y la manifestación de un consentimiento informado sobre la base de la información recibida previamente de forma adecuada y comprensible”. Para LLODRÁ GRIMALT, F. *op. cit.* el control de transparencia se anuda a la información, con la pretensión de evitar las cláusulas insólitas o sorprendentes para el consumidor: “la exigencia de transparencia como requisito de formulación se refiere a la pretensión de previsibilidad de las consecuencias jurídicas del contrato, es decir, a la ausencia de las llamadas cláusulas sorprendentes. La exigencia de transparencia se vincula a la información y presupone una situación contractual en la que existe una asimetría informativa entre las partes. Así, se dice que las normas de transparencia contemplan la información que debe proporcionar una de las partes desde dos perspectivas: aquellos extremos sobre los que se debe informar y la formulación del contenido. De esta manera, se señala que el requisito de la transparencia se relaciona con el funcionamiento del mercado. La no transparencia prueba una deficiencia del mercado por falta de información e incide en la información que reciben los adherentes, reduciendo la capacidad de elección de los mismos e impidiendo la competencia por eficiencia de las cláusulas contractuales más favorables. Desde esta perspectiva, se señala que el principio de transparencia constituye un instrumento compensador de las deficiencias informativas del mercado, que pueden inducir a error a los consumidores sobre el contenido de la cláusula impuesta. Ya hemos dicho que la exigencia de transparencia guarda una íntima relación con la intención de evitar o erradicar el uso de cláusulas insólitas”.

³⁷⁰ Lo explica ORDUÑA MORENO, F.J., *op. cit.* pp. 64-64: “acerca de la ubicación del control de transparencia bien en el plano del denominado control de incorporación, o bien en el ámbito propio del control de abusividad como una variante del mismo. Aunque las alternativas que presenta la cuestión resultan ciertamente opinables, con argumentos a favor y en contra, no obstante, nosotros defendemos que el control de transparencia, en última instancia, forma parte integrante del control de abusividad. La razón de fondo no es otra que el plano del control judicial de las condiciones generales comporta un examen que se proyecta necesariamente sobre la validez y eficacia de una condición general ya incorporada a la reglamentación predispuesta, de forma que el adherente ya no cuestiona su mera no incorporación, sino la ineficacia de los efectos o consecuencias producidas por la aplicación de dicha cláusula. Cuestionamiento que puede realizarse formalmente desde una acción colectiva de cesación, para que dicha cláusula deje de aplicarse, o desde la propia acción individual del consumidor en orden a la ineficacia de la misma y sus consecuencias derivadas”.

³⁷¹ ROJ: STS 3903/2014.

misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada”³⁷². Los elementos esenciales del contrato estarían exentos del control sustancial o de contenido únicamente en tanto sean transparentes, operando el control de transparencia como mecanismo de fiscalización del contenido de los elementos esenciales del contrato, por el dominio de la información por el predisponente y el incumplimiento de un deber general de información derivado de dicha asimetría³⁷³.

³⁷² Criterio no compartido por CÁMARA LAPUENTE, S. (2006), *El control de las cláusulas “abusivas” sobre los elementos del contrato*, Aranzadi, Navarra, pp. 124-125: La argumentación de este control autónomo respecto a las cláusulas predispuestas relativas a elementos esenciales pasa por entender que la mención de que dichas cláusulas deben estar redactadas de forma “clara y comprensible” para escapar del control de contenido de las cláusulas abusivas comporta que, en caso de infringir este especial deber de transparencia, las cláusulas puedan ser declaradas nulas por abusivas, al provocar subrepticamente una alteración del equilibrio subjetivo de las prestaciones; este deber de transparencia no se refería a la cognoscibilidad del contenido de las cláusulas, sino a su carácter engañoso en cuanto a los efectos reales del contrato y su sanación no sería la no incorporación, sino la nulidad propia de las cláusulas abusivas. Sin perjuicio de lo sugerente del planteamiento, debe valorarse la oportunidad de asimilar esta doctrina en el Derecho español, como se está haciendo en otros ordenamientos además del alemán, puesto que no resulta patente que el art. 4.2 de la Directiva contenga realmente un deber de transparencia distinto del control de inclusión formulado en otros preceptos de la misma; y también debe ponderarse si tal deber no podría entenderse comprendido en una formulación amplia del control de inclusión”. Y recientemente, “discrepamos de la afirmación cuando lo que se hace es conectar el control de transparencia con la abusividad, es decir, cuando se decide que la sanción por no superar ese control (4.2 y 5 de la Directiva) en las cláusulas que definen el objeto principal del contrato deba ser necesariamente el carácter abusivo de dicha cláusula (directo o ponderado, luego se verá); es decir, cuando se conecta el art. 4.2 (control de elementos esenciales) con el 6 (consecuencias del carácter abusivo) por la vía del art. 3 (definición de cláusula abusiva); mientras que, en realidad, el art. 4.2 (y el 5) al configurar el deber de que la redacción de la cláusula sea “clara y comprensible”, sólo encuentra en la Directiva una sanción expresa (no en el art. 6, sino en el propio art. 5: interpretación contra *proferentem*) y, por tanto, si quedaron fuera de la Directiva, como una laguna reiteradamente denunciada, cuáles podrían ser otras consecuencias de que las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato no fuesen transparentes, existiendo al menos tres modelos nacionales: su no incorporación al contrato, su nulidad por considerar que se trata de cláusulas directamente abusivas (TS español) o su nulidad como cláusulas abusivas después de ponderar si concurren el resto de requisitos del art. 3 (y 4.1, según el Derecho alemán), como ahora parece dejar entrever esta STJUE, en sentencia diseñada por un magistrado-ponente letón, pero formado en Alemania y en Derecho alemán, en lo que puede ser una nueva constatación –desde la propia terminología (“transparencia material”) hasta las consecuencias de este expediente– de la influyente interpretación que tiene la doctrina alemana sobre los preceptos de la Directiva 93/13”, CÁMARA LAPUENTE, S. (2017), “Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo”, *InDret*, p. 9.

³⁷³ La STS de 2 de marzo de 2011 (ROJ: STS 1244/2011) analiza la posibilidad de control de una cláusula general pese a que reproduzca una norma reglamentaria en materia de información contractual, en concreto la OM de 5 de mayo de 1994: “El artículo 4.2 LCGC deja fuera de su normativa las condiciones generales que reflejen las disposiciones que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes. Sin duda la finalidad de esta norma es respetar la legislación en sectores específicos, como los de las

Como se aprecia en la sentencia citada, (también en la sentencia de 9 de mayo de 2013 y otras similares), se deriva sin más de la falta de transparencia de la cláusula (en ambos casos, la cláusula suelo), su abusividad, y la consecuencia necesaria de su nulidad³⁷⁴. Tras la declaración de la concurrencia del defecto de transparencia no se aprecia en la doctrina de nuestro Alto Tribunal un razonamiento sobre la forma en que la cláusula introduce una alteración en el equilibrio contractual en detrimento del consumidor.

La doctrina de la STS de 9 de mayo de 2013, pese a distinguir entre transparencia documental o formal y material, anudando esta última, como hemos expuesto, a la información precontractual, declara la nulidad de las cláusulas suelo analizadas por falta de transparencia en una acción colectiva. Y ello tras declarar que las cláusulas suelo son nulas, y derivando de la falta de transparencia un juicio automático de abusividad. Las consecuencias derivadas del pronunciamiento son contradictorias a nuestro juicio:

- si la transparencia se anuda al deber de información no puede ser desligada del caso concreto, donde podrá practicarse la prueba correspondiente respecto de la información al consumidor afectado.

- sin embargo, el acogimiento de la nulidad de las cláusulas suelo, tras declarar su licitud, en una acción colectiva, exige que los deberes de

entidades de crédito, entidades aseguradoras y otras entidades financieras. Es el caso de la Orden de 5 de mayo de 1994, relacionada con la concesión de préstamos con garantía hipotecaria sobre viviendas, concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebase los 25 millones de pesetas. La finalidad no es otra que la de garantizar la información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, facilitando la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario así como la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, que sea comprensible por el prestatario. Ahora bien, la finalidad tuitiva que se procura al consumidor en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general. Así lo dispone el artículo 2.2, según el cual "lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación". Sería una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor".

³⁷⁴ Se trata de una abusividad directa, en lugar de moderada, más cercana a la regulación en el Derecho alemán, a la que CÁMARA LAPUENTE, *Doce tesis...op. cit.* p. 12, entiende que se inclina la STJE de 21 de diciembre de 2016.

información se exterioricen en el propio contrato, mediante algunos de los instrumentos informativos que expone el Alto Tribunal en su sentencia.

- el cumplimiento de la normativa sectorial en materia de transparencia bancaria y la intervención notarial en el otorgamiento del contrato no suplen el deber de información precontractual de las entidades crediticias.

- de no exteriorizarse la transparencia exigible la cláusula es nula, por alterar en perjuicio del consumidor el equilibrio contractual *en todo caso*.

- *ergo*, a pesar de declararse la licitud de las cláusulas suelos, la aplicación de la doctrina expuesta conlleva *de facto* su declaración de ilicitud en los préstamos con interés variable, como de hecho resulta del seguimiento mayoritario de la *jurisprudencia menor* de esta sentencia, pese al intento de flexibilización ulterior por el propio Tribunal Supremo de su doctrina, como posteriormente veremos.

4.5. El control del contenido: el desequilibrio de los derechos y deberes de las partes y la buena fe

En materia de protección de consumidores frente a las cláusulas abusivas, el TRLGDCU establece un doble mecanismo: el de la existencia de una lista de cláusulas *en todo caso* abusivas, y la existencia de una cláusula general de cierre para la declaración de la abusividad de una cláusula.

En relación al listado de cláusulas abusivas debemos tener en cuenta que la introducción de la expresión “en todo caso” hace referencia a la voluntad del legislador de declarar siempre el carácter abusivo de dichas cláusulas, constituyendo lo que se ha venido a denominar una *lista negra* de cláusulas abusivas³⁷⁵. Ahora bien, el que nuestro legislador haya establecido

³⁷⁵ El término hace referencia a la Propuesta de Directiva de 8 de octubre de 2008 sobre derechos de los consumidores, que incluía dos listados de cláusulas abusivas: uno primero, en el Anexo II, cláusulas que se consideran abusivas en cualesquier circunstancias; y uno segundo, en el Anexo III, cláusulas que

un sistema de lista negra de cláusulas abusivas no impide en todo caso un amplio margen de apreciación en muchas de ellas³⁷⁶. Por otro lado, no siempre las cláusulas contenidas en la lista serán consideradas nulas, porque en ocasiones comporta la inclusión una cláusula autorizativa, introduciendo una serie de cautelas conforme a las cuales la cláusula gozará de validez³⁷⁷.

El artículo 82 del TRLGDCU dispone que “en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- “a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable”.

La técnica utilizada por la Ley es establecer en todo caso la nulidad por su abusividad de las cláusulas que comporten algunas de las circunstancias expuestas en el precepto transcrito y posteriormente regular *particulares* cláusulas que en cada grupo tendrán carácter abusivo (arts. 85 a 90 TRLGDCU).

son abusivas salvo prueba por parte del comerciante en contrario (lista gris). Finalmente el texto de la Propuesta no se incorporó íntegramente a la Directiva 2011/83/CE.

³⁷⁶ Para CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas abusivas sobre los elementos del contrato... op. cit.*, p. 107, el elenco de cláusulas abusivas contenido en la Disposición adicional primera de la LGDCU constituye una “lista negra” y no una “lista gris” como en la Directiva, por lo que difícilmente podrá rescatarse de la tacha del carácter abusivo a las cláusulas en él recogidas.

³⁷⁷ Con referencia al art. 10 bis de la LGDCU, DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. (2000), “Las cláusulas abusivas en contratos de consumo”, en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, NIETO CAROL, U. (dir), Lex Nova Valladolid, p. 468. Para CÁMARA LAPUENTE, *El control de las cláusulas “abusivas” sobre los elementos del contrato, op. cit.* p. 107, el elenco de cláusulas abusivas contenido en la Disposición adicional primera de la LGDCU constituye una “lista negra” y no una “lista gris” como en la Directiva, por lo que difícilmente podrá rescatarse de la tacha del carácter abusivo a las cláusulas en él recogidas.

4.5.1. La cláusula general

La cláusula general se contiene en el artículo 82.1 del TRLGDCU en una redacción que no difiere de la contenida en la Directiva 93/13/CE: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”³⁷⁸. Para DUQUE DOMÍNGUEZ en el Derecho español no cabe duda de que ambos elementos, que contraría la buena fe y que causa desequilibrio importante, se requieren para la calificación como abusiva de una cláusula: “la contradicción a la buena fe es la causa de que se haya producido el desequilibrio importante entre las posiciones de las dos partes en el contrato”³⁷⁹.

El concepto de desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes o de las posiciones de las mismas en el contrato no se refiere al equilibrio económico contractual o a la adecuación o equivalencia de las prestaciones, interpretación jurisprudencial finalmente impuesta por el Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 9 de mayo de 2013, al excluir del control del contenido a los elementos esenciales del contrato. También es la tesis doctrinal imperante, limitando el control del contenido de las cláusulas predispuestas a las que son accesorias, accidentales del contrato, lo que se denomina el contenido normativo del mismo³⁸⁰.

³⁷⁸ El artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CE dispone que son cláusulas abusivas las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

³⁷⁹ DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., *op. cit.*

³⁸⁰ CÁMARA LAPUENTE, *El control de las cláusulas “abusivas” sobre los elementos del contrato... op. cit.* p 181: “el nuevo tenor del art. 10 bis ° §1 LGDCU, al referirse al “desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes” (equilibrio jurídico o normativo), en lugar de al “justo equilibrio de las contraprestaciones” del viejo tenor del art. 10.1 c) LGDCU (equilibrio económico), conforma las posibilidades de interpretación conforme a la Directiva. Igual sucede con el listado de cláusulas abusivas de la Disposición Adicional 1ª de la LGDCU que no se refieren al control de contenido

La justificación de la exclusión del control del contenido sobre los elementos esenciales del contrato, esto es, del control de precios o justo equilibrio de las contraprestaciones las resume PAGADOR LÓPEZ³⁸¹, siguiendo a Alfaro, resaltando en primer lugar, que sobre los elementos esenciales del contrato es dudoso que exista auténtica imposición, por lo que los controles sería normalmente innecesarios: el consumidor sabe lo que va a adquirir y está dispuesto a pagar el precio que se pide por ello. Se trata de factores que tiene en cuenta a la hora de tomar su decisión y las desviaciones sobre los mismos no se han resolver a través de la técnica de control de las condiciones generales de la contratación sino de otra normativa referida al consentimiento y al contrato, general del Código Civil. En segundo lugar, el control de la adecuación entre precio y cosa es no sólo innecesario sino contrario a la regulación económico social contenida en nuestro Texto constitucional, que dibuja la economía española como una economía social de mercado, en la que por su propia esencia, el precio se define por la concurrencia entre oferta y demanda³⁸².

(económico) de cláusulas que versen directamente sobre elementos esenciales, sino al control del contenido jurídico de algunas cláusulas relacionadas con ellos”.

³⁸¹ *op. cit.* pp. 277-287.

³⁸² Para ALFARO las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato, aun cuando se trate de cláusulas predisuestas, no son condiciones generales en sentido legal, por tanto, no deben quedar sometidas al contrato del contenido, *Las condiciones generales de la contratación. Estudios de las disposiciones generales, op. cit.*, p. 138, y “sobre los elementos esenciales del contrato debe existir siempre un acuerdo individual, y, por lo tanto, que las cláusulas prerredactadas que los contienen no son condiciones generales en sentido legal” p. 143. Para el Tribunal Supremo, sin embargo, los elementos esenciales del contrato sí pueden ser condiciones generales de la contratación: “Los costes de los recursos que se deben invertir en el diálogo que todo proceso individualizado de negociación conlleva -con el correlativo encarecimiento del producto o servicio que al final repercute en el precio que paga el consumidor o usuario-, unido al elevado volumen de operaciones que se realizan en el desarrollo de determinadas actividades negocials, fue determinante de que en ciertos sectores de la economía se sustituyesen los tratos personalizados de los términos y las condiciones de los contratos, por la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, en los que el diálogo da paso al monólogo de la predisposición del contenido contractual por parte del profesional o empresario, ya que el destinatario -tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario-, acepta o rechaza sin posibilidad de negociar de forma singularizada, dando lugar a lo que la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, califica como “un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico”. El insatisfactorio resultado de aplicar las reglas clásicas de contratación liberales, pensadas para supuestos en los que los contratantes se hallan en una posición idéntica o semejante, para regular los contratos celebrados de acuerdo con este modo de contratar, fue determinante de que el legislador introdujese ciertas especialidades conducentes a un tratamiento asimétrico, con la finalidad, declarada en la EM de la LCGC, de restablecer en la medida de lo posible la igualdad de posiciones ya que “[l]a protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual”.

No faltan, sin embargo, autores, que incluyen en este control del equilibrio de posiciones de las partes en el contrato un auténtico control del equilibrio de las prestaciones, que tendría encaje en una mayor protección del consumidor, compatible con la Directiva 93/13/CE al ser una norma de armonización mínima. Así DUQUE DOMÍNGUEZ, para quien “ante la ausencia en la LCGC de normas que excluyan expresamente el control de los contenidos económicos de una de las prestaciones principales de las partes y la congruencia económica entre la prestación y contraprestación, una interpretación favorable a que el control del contenido se extendiera a estos aspectos de los contratos con consumidores significaría un aumento del grado de protección de los intereses de los consumidores, que no está en contradicción ni con el derecho comunitario de la Directiva 93/13 ni con el derecho español”³⁸³.

La buena fe hace referencia al comportamiento social esperado, más allá del interés estrictamente individual de los contratantes, a reglas de conductas socialmente esperadas³⁸⁴; hace referencia, en relación a los consumidores, a un parámetro objetivo de honestidad y lealtad, de la conducta esperada por el consumidor derivada del tráfico jurídico³⁸⁵.

Pese a todo, la aplicación de las reglas de reequilibrio contenidas en la LCGC no se extiende a todo tipo de contratos, ya que, como afirma la referida Exposición de Motivos “[d]esde el punto de vista objetivo se excluyen ciertos contratos que por sus características específicas, por la materia que tratan y por la alienidad de la idea de predisposición contractual, no deben estar comprendidos en la Ley”. Pero si se trata de contratos sujetos a la norma especial, a diferencia de otros ordenamientos, no se excluyen aquellas cláusulas o condiciones definitorias del “objeto principal”, por lo que no hay base para el planteamiento alternativo que hace la sentencia recurrida. En nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el artículo 38 CE y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces “los legítimos intereses económicos de los mismos”, STS 9 de mayo de 2013.

³⁸³ DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. *op. cit.* p. 486.

³⁸⁴ Para LASARTE, *La protección del consumidor como principio general del derecho op. cit.*, p. 92, la referencia del artículo 1258 a la buena fe no puede ser entendida desde una perspectiva subjetiva, sino como un criterio ordenador de las relaciones contractuales, que se superpone al propio comportamiento de las partes (no digamos ya a la interpretación del clausulado contractual) y configura el contenido o los efectos del contrato de acuerdo con las reglas de conducta socialmente consideradas como dignas de respeto.

³⁸⁵ VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (2012), *Derecho civil patrimonial I*, LÓPEZ LÓPEZ, A./ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (edi), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 149.

Sostiene ORDUÑA, con cita en la STS de 30 de junio de 2014³⁸⁶, que el principio de buena fe junto con el de conmutatividad en el tráfico económico seriado se integra en el control de la abusividad de las condiciones generales de la contratación, reforzando el justo equilibrio de las contraprestaciones. No se trata para el autor de retomar el debate sobre el control de la justicia o del equilibrio justo de las contraprestaciones, sino de subrayar la importancia del principio de buena fe en la transparencia exigible en la negociación a través de condiciones generales de la contratación para garantizar el justo equilibrio de las contraprestaciones: sólo la información transparente garantiza la decisión del consumidor sobre la contratación³⁸⁷.

Consecuencia de referenciar la buena fe al equilibrio conmutativo del contrato o a las normas sociales aceptadas como aplicables o admisibles en las relaciones contractuales de la clase correspondiente, la inobservancia de las reglas de la buena fe que rompe gravemente el equilibrio de derechos y obligaciones de los contratantes se aprecia por comparación con las normas de derecho dispositivo. Si el contratante predisponente se aleja de las normas fijadas de forma supletoria en la ley para la regulación del contrato en orden a su mayor conmutatividad, dicho apartamiento no puede realizarse en detrimento de los derechos del consumidor adherente, que ve cómo se le

³⁸⁶ ROJ: STS 2023/2014 referida a la cláusula *rebus sic stantibus*.

³⁸⁷ “se puede afirmar que el control de validez y eficacia contractual que proyecta la valoración de la abusividad queda imbricado en el desenvolvimiento de las directrices de orden público económico, como fundamento dinamizador del nuevo contenido y función que desempeñan los principios de buena fe y de conmutatividad en la ordenación del tráfico patrimonial seriado; particularmente en la proyección del principio de buena fe como fuente de especiales deberes de conducta contractual, claramente conectada al control de transparencia, y en el reforzamiento del justo equilibrio entre las prestaciones, como regla de la economía del contrato derivada del principio citado de conmutatividad del comercio jurídico” ORDUÑA MORENO, F.J. *op. cit.* p. 18. Dice la sentencia del TS de 20 de junio de 2014 citada que “todo cambio de bienes y servicios que se realice onerosamente tiene que estar fundado en un postulado de conmutatividad, como expresión de un equilibrio básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio. Este “equilibrio básico”, que no cabe confundir con la determinación del precio de las cosas fuera de la dinámica del mercado (precios intervenidos o declarados judicialmente), resulta también atendible desde la fundamentación causal del contrato, y sus correspondientes atribuciones patrimoniales, cuando deviene profundamente alterado con la consiguiente desaparición de la base del negocio que le dio sentido y oportunidad. Por tanto, más allá de su mera aplicación como criterio interpretativo, artículo 1289 del Código Civil, la conmutatividad se erige como una regla de la economía contractual que justifica, ab initio, la posibilidad de desarrollo de figuras como la cláusula *rebus sic stantibus*. En conexión con lo afirmado, el principio de buena fe en la economía de los contratos, sin perjuicio de su aplicación como interpretación integradora del contrato (artículo 1258 del Código Civil), y sin caer en su aplicación como mera cláusula general o cláusula en blanco de cara a la más amplia discrecionalidad o arbitrio judicial, permite una clara ponderación de los resultados que se deriven de la regla de que los pactos deben siempre ser cumplidos en sus propios términos”.

impone esta reglamentación sin poder discutirla ni impedirla, sin que ello suponga una vulneración de las reglas de la buena fe contractual.

La referencia al derecho dispositivo como parámetro comparativo de la regulación contractual para determinar la vulneración de las reglas de la buena fe la encontramos con amplitud en la doctrina. Para Federico DE CASTRO:

“Las reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo, que se deja al arbitrio de los contratantes el seguirlos o no seguirlos. En general, han sido recogidas como consecuencias naturaleza o típicas de cada clase de contrato. Responden a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones. Lo indicado no quiere decir que los que contratan estén constreñidos a seguir el modelo legal; señalan que los pactos, cláusulas y condiciones que se desvíen del mismo o lo contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces. Ineficacia que habría de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en daño de una de las partes, que no puedan compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato”³⁸⁸.

³⁸⁸ DE CASTRO, F. (1982), “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, 35-4, pp. 987-1086; “Las cláusulas pueden ser impugnadas “cuando a que se llegue choque gravemente con los principios de la justicia conmutativa o con la buena fe (resolviendo según aconseje la justicia y equidad en el caso concreto); cuando se deje prácticamente al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de la prestación principal, y en el caso de que uno de los contratantes se desprenda simplemente de las acciones o excepciones que le corresponden. En todos estos supuestos va implícita una renuncia no permitida a la ley y, por tanto, será nula la cláusula que la contenga”, DE CASTRO, F. (1987), *Las condiciones generales de la contratación. La eficacia de las leyes*, Edit. Civitas SA, p. 84. En el mismo sentido EBERS, M. (2012), “Control del contenido y derecho dispositivo”, *InDret*: “El Derecho dispositivo de los Estados miembros representa la frontera del control del contenido: en la medida en que las cláusulas sean compatibles con dicho Derecho, no están sometidas a dicho control. El derecho dispositivo es, sin embargo, también una directriz del control del contenido. La averiguación del “desequilibrio en los derechos y obligaciones contractuales” (cfr. art. 3.1 Dir. 93/13/CEE) presupone necesariamente una idea de lo que debe ser el debido equilibrio de los derechos y obligaciones contractuales. Esa directriz comparativa sólo puede ser el Derecho contractual dispositivo: El derecho dispositivo contiene “preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, [y] tienen una <<función ordenadora>>, por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente”; MIQUEL GONZÁLEZ J.M., *op. cit.* p. 60: “El parámetro del control lo proporciona el Derecho que sería aplicable si no existiera la cláusula que se cuestiona. Con esta regulación es con la que hay que comparar el equilibrio de derechos y obligaciones contrario a la buena fe. Es contraria a la buena fe la sustitución del Derecho aplicable por unas condiciones

En la jurisprudencia del TJUE también se ha referenciado el derecho dispositivo nacional como módulo comparativo para determinar el apartamiento del predisponente a los principios de la buena fe. En la sentencia *Mostaza Claro*³⁸⁹ sostuvo que “El Tribunal de Justicia no puede pronunciarse sobre la aplicación de los criterios generales utilizados por el legislador comunitario para definir el concepto de cláusula abusiva a una cláusula particular que debe ser examinada en función de las circunstancias propias del caso concreto”; añadiendo en su sentencia *Pannon*³⁹⁰ que “el artículo 3 de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula contractual que no ha sido negociada individualmente, que el anexo al que se remite el artículo 3, apartado 3, de la Directiva sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas y que el artículo 4 de la Directiva establece que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de bienes o servicios que sean

contractuales que establezcan unos derechos y obligaciones de las partes distintos de los legales en interés exclusivo del predisponente. Derechos y obligaciones legales, en el sentido del derecho dispositivo, no del imperativo, pues este impone límites generales de la autonomía privada con independencia de que se trate de condiciones generales y de contratos entre empresarios y consumidores”. El Tribunal Supremo utiliza el parámetro del derecho dispositivo para resolver, a nuestro juicio de forma errónea y excesiva, sobre la nulidad por abusividad del interés moratorio, tanto en los contratos de préstamo sin garantía como en los contratos de préstamos con garantía hipotecaria. En la STS 22 de abril de 2015, ROJ: STS 1723/2015, referida a los préstamos personales, la Sala Primera concluye que “el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia”, criterio que después seguiría en la STS 3 de junio de 2016, ROJ: STS 2401/2016, en la que sorprendentemente, se aleja del criterio del artículo 114 de la LH, estimando que no es criterio comparativo suficiente para ponderar la abusividad del interés, a pesar de ser el impuesto por el legislador en el ámbito de protección más elevado de la Ley 1/13 de 14 de mayo, el del adquirente de vivienda mediante préstamo hipotecario garantizado con dicha vivienda. A nuestro juicio, el artículo 576 de la LEC no es el parámetro de referencia adecuado porque en efecto, establece un incremento por mora al interés legal, que se justifica por un pronunciamiento judicial firme incumplido. La ejecución de un título extrajudicial no viene precedida de dicho pronunciamiento judicial que justificaría la penalidad legal. Precisamente por ello la ejecución debe ajustarse al contenido literal del título ejecutivo, sin que pueda ser completado por la interpretación jurisprudencial expuesta.

³⁸⁹ STJUE de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05.

³⁹⁰ STJUE de 9 de noviembre de 2010, asunto C-137/08

objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración”³⁹¹.

El TJUE conecta la protección de la Directiva a los consumidores, de manera recurrente, en la diferencia real del nivel de información y de la capacidad de negociación, por lo que la sanción contenida en la Directiva de que la cláusula abusiva no vinculará al consumidor “se trata de una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda reestablecer la igualdad de estas”³⁹².

En la sentencia Aziz³⁹³ vuelve el Tribunal a recordar que los conceptos de buena fe y desequilibrio importante de los derechos y obligaciones del contrato en detrimento del consumidor sólo de forma abstracta delimitan el carácter abusivo de una cláusula, así como el carácter meramente enunciativo del listado de cláusulas abusivas contenido en la Directiva. Sin embargo, ahonda tanto en los conceptos generales indicados como en los parámetros que han de valorarse en cada caso en concreto, incluso descendiendo al debate puntual sobre las tres cláusulas que el juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona sometía a su consideración, la cláusula de vencimiento anticipado, la cláusula de liquidación unilateral del saldo y la cláusula del interés moratorio.

³⁹¹ Precisa además que “el art. 267 TFUE debe interpretarse en el sentido de que la competencia del Tribunal de Justicia comprende la interpretación del concepto “cláusula abusiva”, a la que se refiere el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y el anexo de esta, y los criterios que el Juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva”.

³⁹² STJUE de 15 de marzo de 2012, asunto C- 453/10 “según reiterada jurisprudencia, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas”. Sobre las cláusulas que vienen a reflejar la regulación legal para el tipo de contrato concreto celebrado con el consumidor, (cláusulas declarativas), el TJUE ha sostenido que la exclusión prevista en el artículo 1 apartado 2 de la Directiva sólo se extiende a las cláusulas que reflejen las disposiciones de Derecho nacional cuando estas se apliquen a las partes contratantes con independencia de su elección o cuando se trate de normas aplicables en defecto de pacto y las partes no lleguen a acuerdos al respecto, por estimar que “es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos”, STJUE 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11.

³⁹³ STJUE 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11.

El Tribunal razona que para determinar si la cláusula causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato:

“deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en este sentido. Mediante un análisis comparativo de este tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas”.

En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio “pese a las exigencias de la buena fe”, debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó el Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el Juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de la negociación individual”.

El TJUE reitera en esta sentencia que la abusividad de una cláusula debe tomar en consideración de un lado la naturaleza de los bienes y servicios a que se refiere el objeto del contrato y de otro las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, así como la comparación de las consecuencias que esa cláusula tiene para el consumidor con el sistema jurídico nacional.

4.6. Los efectos de la declaración de abusividad: la nulidad parcial del contrato

En su artículo 6 la Directiva 93/13/CE establece las consecuencias de la declaración de abusividad de una cláusula predispuesta en un contrato

celebrado con un consumidor: “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.”

La Directiva, por tanto, remite a los derechos nacionales la instrumentación de los mecanismos procesales para que la cláusula no vincule al consumidor³⁹⁴. En el artículo 83 del TRLGDCU se establece la sanción de nulidad de las cláusulas abusivas, sanción de nulidad que también se recoge en el artículo 8 de la LCGC, disponiendo el artículo 7 de la LCGC que las cláusulas que no se ajusten a las normas de incorporación se tendrán por no incorporadas, pronunciamientos que hacen referencia a la nulidad radical de las mismas³⁹⁵, en atención a la imperatividad con que viene

³⁹⁴ El Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, de 27 de abril de 2000, reconociendo la diversidad de regímenes jurídicos sobre las formas de ineficacia frente al consumidor de las cláusulas abusivas, recoge que, en todo caso, dicha regulación nacional debe respetar siempre una serie de principios:

- 1.- el consumidor debe contar con la posibilidad irrenunciable no sólo de invocar el carácter abusivo de la cláusula contractual ante los órganos jurisdiccionales sino también de negarse a cumplir las obligaciones derivadas de la cláusula abusiva sin necesidad de una decisión judicial previa.
- 2.- la decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*).
- 3.- el juez debe poder conocer de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, en la medida en que ello fuera necesario para su decisión.

Por su parte el TJUE ha reiterado que esta remisión de los efectos de la falta de vinculación de la cláusulas declaradas abusivas a la normativa de los Estados miembros deberá respetar los principios de equivalencia y efectividad, de manera que “dicha regulación no debe ser menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no debe estar articulada de tal manera que en la práctica haga imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)” STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11.

Sorprende que pese a la claridad de exposición de la Comisión sobre el alcance de la ineficacia de las cláusulas abusivas frente a los consumidores, todavía a fecha actual se planteen dudas en la jurisprudencia española sobre los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula en ciertos procedimientos, particularmente en el procedimiento de ejecución hipotecaria, como veremos seguidamente.

³⁹⁵ Hacemos referencia a la distinción clásica de las categorías de nulidad y anulabilidad. De la nulidad radical se predica su carácter original, el acto es nulo desde el principio y por ello ningún efecto produce. La sentencia que la declare vendrá a ser declarativa. Como consecuencia de su nulidad radical el acto no podrá ser convalidable, y no se limita temporalmente la acción para instar su declaración, pudiéndose además oponer por vía de excepción. Sin duda de entre las características más significativas de la nulidad se encuentra la posibilidad de apreciación de oficio por el juzgador, y la extensión del ámbito de la legitimación de las personas que pueden accionarla, dado el fundamento de preservación del interés público en que se basa. En cambio de la anulabilidad se dice que se proyecta sobre un interés relativo, que condiciona la legitimación activa, pero también la posibilidad de convalidación del acto nulo o su sanación por la caducidad de la acción. Cuando se declara la anulabilidad del acto, sin

impuesta dicha nulidad por la jurisprudencia del TJUE y del TS, así como y especialmente, por la posibilidad de declaración de oficio por el juez.

No obstante, se ha sostenido que la regulación de la nulidad de las cláusulas abusivas que se contiene en las anteriores normas encuentra mayor encaje en la anulabilidad que en la figura de la nulidad radical, en base fundamentalmente a dos argumentos: en primer lugar, responde a un interés de protección privada, la protección del consumidor adherido; y en segundo lugar, la limitación de los legitimados para accionar la nulidad, limitada a los contratantes. Para PAGADOR LÓPEZ³⁹⁶ estas objeciones no resultan convincentes porque el interés protegido con la disciplina de las condiciones generales y cláusulas predispuestas no es un interés particular concreto de cada adherente, sino más ampliamente, el interés de que el tráfico negocial

embargo, los efectos derivados de su declaración son idénticos que los derivados de la nulidad radical. Así DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985), *El negocio jurídico, op. cit.*, pp. 478-479 “la nulidad cae fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad; el particular carece de poder –a menos de una regla especial que lo autorice– para dar fuerza jurídica (tanto mediante actuación o abstención) a lo que el Derecho se lo ha negado. Es decir, el negocio no puede sanarse mediante la confirmación o el paso del tiempo, a menos que se den las circunstancias excepcionales de la convalidación”. ROCA SASTRE, R.M., (1985), *Derecho hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral, Tomo II*, Edit. Bosch, Barcelona, pp. 706-711, distingue en la nulidad entre el acto inexistente, el acto afecto de nulidad radical y el acto anulable. La inexistencia del acto o contrato inscrito hace que no pueda hablarse de acto o contrato, sino de apariencia del mismo, tal como ocurre con la simulación e incluso en la falsedad; los efectos por otro lado de la nulidad radical son iguales que los del contrato inexistente, pero se diferencia de aquella en su origen, dado que la nulidad es la sanción por la infracción de una norma imperativa o de *ius cogens*; por último el acto anulable tiene carácter intermedio entre la validez y la nulidad absoluta, ya que prima facie surte los efectos propios de todo negocio jurídico válido, pero una vez impugnado victoriosamente, se produce retroactivamente aquella situación de inoperancia propia del negocio jurídico inexistente o nulo. DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A. (2005), *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Edit. Dykinson, Madrid, pp.49-50, criticando el deficiente sistema de regulación legal de las nulidades de los contratos, caracteriza la nulidad radical por las siguientes notas: “a) No precisa declaración judicial, ni una previa impugnación del negocio, ya que opera ipso iure, o de pleno derecho. b) Cuando, de hecho, haya surgido cierta apariencia negocial, podrá ser útil, y aun prácticamente necesario, ante la resistencia de quien sostenga la validez, solicitar la intervención judicial. Estará legitimado para ello cualquier interesado, haya sido o no parte en el contrato y aun el causante de la nulidad. Incluso podrá apreciarse de oficio por los tribunales en ciertos casos. La sentencia será meramente declarativa. c) El contrato nulo no produce efecto alguno: *quod nullum est nullum producit effectum*. Por ello mismo, los desplazamientos patrimoniales eventualmente realizados de acuerdo con el contrato nulo deben deshacerse, volviendo las cosas a la situación que tendrían si el contrato nunca se hubiera celebrado .d) La nulidad es definitiva. El paso del tiempo no la sana (*quod ab initium vitiosum est no potest tracto temporis convallescere*); es decir, la acción para hacerla valer puede ejercitarse en cualquier tiempo, sin que prescriba ni caduque. De otra parte, tampoco es posible la confirmación, ni forma alguna de convalidación o subsanación”. Por el contrario, en la anulabilidad el acto es plenamente válido, y es fundamento de las obligaciones y los derechos entre las partes en tanto no sea impugnado, pudiendo además ser convalidado. Pero en el caso de que se haga valer dicha anulabilidad, “el contrato será desde siempre y para siempre ineficaz, con la misma amplitud que si se tratara de nulidad de pleno derecho”, p. 56.

³⁹⁶ *Op. cit.* p. 617.

quede depurado de cláusulas inadmisibles³⁹⁷. DELGADO ECHEVARÍA y PARRA LUCÁN han mantenido que la nulidad de las condiciones generales abusivas, por sus peculiaridades y regulación especial, no se ajusta a las categorías rígidas de la nulidad y anulabilidad expuestas, pudiendo definirse como nulidad de pleno derecho relativa³⁹⁸.

Las notas características de las cláusulas abusivas que extraemos de la jurisprudencia del TJUE, son las siguientes:

1.- En primer lugar, es una nulidad imperativa, que debe ser apreciada de oficio por el juez, incluso cuando el consumidor de forma expresa no ha accionado o demandado para reclamar la nulidad de la cláusula. Desde la sentencia Salvat Editores de 27 de junio de 2000 el TJUE ha reiterado que el juez debe controlar de oficio la existencia de cláusulas abusivas tan pronto tenga los elementos de hecho o de derecho para ello, pudiendo incluso practicar prueba en caso de que tenga dudas sobre tales elementos³⁹⁹. Probablemente el desarrollo más importante del control de oficio de las cláusulas abusivas por el juzgador se halle en la sentencia de 14 de junio de 2012⁴⁰⁰, donde se remarca que este control de oficio no es una mera facultad del juez, sino una obligación del mismo tan pronto tenga los elementos de hecho o de derecho para valorar la abusividad de la cláusula, no siendo conforme con la Directiva un régimen procesal que no permite valorar la abusividad de la cláusula a *limine litis*, como la regulación examinada, vigente en la fecha del juicio monitorio español.

2.- La nulidad o no vinculación de la cláusula abusiva se establece como mecanismos de reemplazo del equilibrio formal del contrato entre las partes, por un equilibrio real, que intente reestablecer la igualdad de las partes inexistente en el momento de la contratación⁴⁰¹.

³⁹⁷ “Dos son los pilares de la definición jurídica de mercado, que el Tribunal (Constitucional) se ha visto obligado a depurar con sumo cuidado. En esta tarea definitoria, el Tribunal ha sentado una doctrina inequívoca: el concepto jurídico constitucional de mercado engloba dos pilares esenciales, la defensa de la competencia y la protección de los consumidores”, LÓPEZ LÓPEZ, A. *op. cit.* p. 352.

³⁹⁸ *Op. cit.* p. 191.

³⁹⁹ STJUE 9 de noviembre de 2010, asunto C-137/08

⁴⁰⁰ Asunto C-618/10.

⁴⁰¹ STJUE de 15 de marzo de 2012, asunto C-453/10, citada.

3.- La declaración de que la cláusula es abusiva tiene como efecto inmediato la expulsión de la cláusula del contrato, sin que el juez pueda reemplazarla o moderarla. La sanción de inaplicación en absoluto de la cláusula declarada abusiva se justifica en una finalidad preventiva de la utilización de cláusulas abusivas: el efecto disuasorio pretendido con la Directiva 93/13/CE se perdería en gran parte si el profesional supiera que la introducción de las cláusulas abusivas a lo sumo le supondría una moderación de la cláusula o la aplicación del derecho supletorio:

“si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, el auto Pohotovost’, antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

Por esta razón, aunque se reconociera al juez nacional la facultad de que se trata, ésta no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas. Por lo demás, tal facultad tampoco podría fundamentarse en el artículo 8 de la Directiva 93/13, que atribuye a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión, siempre que se garantice al consumidor un mayor nivel de protección (véanse las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid,

C-484/08, Rec. p. I-4785, apartados 28 y 29, y Pereničová et Perenič, antes citada, apartado 34)”⁴⁰².

4.- La imposibilidad de integración del contrato encuentra una excepción en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula conlleva la nulidad del contrato, produciendo ello un claro perjuicio del consumidor ante la necesidad de restitución recíproca de las prestaciones. En

⁴⁰² El artículo 83 del TRLGDCU en la redacción vigente en la fecha del planteamiento de la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia de 14 de junio de 2012 que comentamos, tenía el siguiente tenor: “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.” Esta facultad moderadora fue declarada contraria a la Directiva por la sentencia, lo que motivó la modificación legal del precepto por la Ley 3/2014 de 27 de marzo, siendo el tenor actual del precepto el siguiente: “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.”

Pese a la claridad de la doctrina expuesta, también recordada en la tan citada sentencia Aziz, el Tribunal Supremo en fechas muy recientes ha planteado una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE en relación a los intereses moratorios. Por auto de 22 de febrero de 2017, dictado en el Recurso 2825/2014, ROJ: ATS 785/2017, del que es ponente Don Rafael Sarazá, el Tribunal Supremo plantea las dudas de compatibilidad de su jurisprudencia instaurada a partir de la sentencia de 22 de abril de 2015 y posteriormente de 23 de diciembre de 2015, por la que se instauró la doctrina jurisprudencial de estimar abusivo todo interés moratorio que excediera de 2 puntos sobre el interés remuneratorio pactado, tanto en los préstamos personales como en los préstamos con garantía hipotecaria. Sobre los efectos derivados de la nulidad de dicho interés en tales sentencias y en otras posteriores, el Tribunal consideró nulo únicamente el *recargo* adicional que el interés moratorio suponía en puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si ello podía ser compatible con la cláusula que en la primera de estas sentencias el Tribunal analizaba, sin embargo, el Tribunal extendió su doctrina a la totalidad de los intereses moratorios, incluso cuando el pacto sobre el interés fuere de un tipo porcentual expreso y fijo sin referencia al interés remuneratorio. Las consecuencias fijadas por la doctrina del Tribunal Supremo eran que el interés remuneratorio seguía devengándose, incluso, resaltaba, en los casos de vencimiento anticipado de la obligación, de forma que en la realidad el interés remuneratorio ha pasado a funcionar como interés moratorio en una clara integración del contrato. Ello motivó el planteamiento de diversas cuestiones prejudiciales ante el TJUE a las que el Tribunal Supremo parece dar respuesta con el planteamiento de su cuestión, que además, en sus propias palabras, le permite explicar los argumentos de su sentencia. El Tribunal Supremo formula las siguientes cuestiones al TJUE: “1ª) Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que declara que la cláusula de un contrato de préstamo que establece un tipo de interés de demora que suponga un recargo de más de un 2% sobre el tipo del interés remuneratorio anual fijado en el contrato constituye una indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que se ha retrasado en el cumplimiento de su obligación de pago y, por tanto, es abusiva? 2ª) Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora, identifica como objeto del control de abusividad el recargo que dicho interés supone respecto del interés remuneratorio, por constituir la «indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que no ha cumplido sus obligaciones», y establece que la consecuencia de la declaración de abusividad debe ser la supresión total de dicho recargo, de modo que solo se siga devengando el interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo? 3ª) En caso de que la respuesta a la pregunta segunda fuera negativa: la declaración de nulidad de una cláusula que establece el tipo de interés de demora, por abusiva, ¿debe tener otros efectos para que sean compatibles con la Directiva 93/13/CEE, como por ejemplo la supresión total del devengo de interés, tanto remuneratorio como moratorio, cuando el prestatario incumple su obligación de pagar las cuotas del préstamo en los plazos previstos en el contrato, o bien el devengo del interés legal?”

este supuesto se permite la integración del contrato por las normas de derecho dispositivo prevista en defecto de pacto⁴⁰³.

5.- Las consecuencias de la declaración de abusividad de una cláusula han sido desarrolladas en la sentencia de 21 de diciembre de 2016⁴⁰⁴ a propósito de la cuestión prejudicial formulada sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo referida a la limitación de los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo. Para el TJUE una cláusula abusiva nunca ha existido y por tanto no ha podido desplegar efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula:

“si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas

⁴⁰³ STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13. El Tribunal húngaro planteaba al TJUE si en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional. Para el TJUE si en una situación como la del asunto principal no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. Por ello “en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional.”

⁴⁰⁴ Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva”⁴⁰⁵.

6.- El TJUE ha declarado⁴⁰⁶ que el principio de contradicción contenido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ha de ser observado igualmente por el juez comunitario en el procedimiento para la declaración de abusividad de una cláusula contenida en un contrato celebrado con consumidores, exigiendo este principio un debate contradictorio de las partes sobre los elementos de hecho y de derecho que determinan la declaración de la abusividad, no sólo cuando ésta se promueve por el consumidor, sino también en el ámbito de la declaración de oficio de dicha nulidad. Por lo que “los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado, para poder extraer las consecuencias de esa comprobación, a esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula. Sin embargo, el principio de contradicción obliga, con carácter general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales”.

7.- Para el TJUE el juez nacional no queda vinculado por la postura procesal del consumidor para la declaración de la abusividad de una cláusula en un contrato celebrado con el mismo, a excepción de que, informado el

⁴⁰⁵ “De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).”

⁴⁰⁶ STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11.

consumidor sobre el carácter abusivo de dicha cláusula, declare expresamente su voluntad de que la misma le sea aplicada⁴⁰⁷.

4.7. Los efectos limitados de la nulidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo ha acogido la jurisprudencia del TJUE anteriormente resumida sobre las consecuencias derivadas de la declaración de abusividad de una cláusula en un contrato celebrado con un consumidor: el juez deberá expulsar la cláusula de contrato sin aplicarla y sin sustituirla por otra norma de derecho supletorio, prevista en ausencia de pacto y sin integrarla con los criterios del artículo 1258 del Código Civil. La sentencia de 22 de abril de 2015⁴⁰⁸, dictada a propósito de la cláusula de nulidad de los intereses moratorios en los préstamos sin garantía personal, razona:

“La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario”⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ “A la hora de cumplir la mencionada obligación, sin embargo, el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula”, STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08.

⁴⁰⁸ ROJ: STS 2401/2016.

⁴⁰⁹ La sentencia analiza, incluso, la aplicación de la doctrina del TJUE al supuesto de un contrato celebrado bajo la vigencia de la redacción del artículo 10 bis 2 de la LCGC y del artículo 83.2 del

Sin embargo, en muchas y trascendentes resoluciones el Tribunal Supremo (también, pensamos, en la sentencia citada) se aparta de los efectos indicados, por diferentes argumentos, que, como veremos, complica sobremanera el panorama de la ejecución hipotecaria.

Junto con los efectos limitados de la retroactividad de la cláusula suelo, a los que anteriormente hicimos referencia, otros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre los efectos de la nulidad por abusividad de ciertas cláusulas constituyen claros supuestos de integración negocial de la cláusula. La sentencia que venimos comentando de 22 de abril de 2015, tras declarar que la cláusula del interés de demora que anulaba no era susceptible de moderación alguna, ni de integración a través del derecho supletorio, sostiene que no es tampoco admisible que el préstamo deje de devengar intereses, por lo que anula el *porcentaje* de incremento sobre el interés remuneratorio que supone el interés moratorio, devengándose aquél hasta el completo pago de la cantidad debida:

“La cláusula que establece el interés de demora supone la adición de determinados puntos al tipo de interés ordinario. En el caso enjuiciado, la cláusula del interés de demora supone la adición de diez puntos

TRLGDCU anterior a la reforma operada por la Ley 3/2014 de 27 de marzo, que como vimos, suprimió del texto de ambas normas la posibilidad de integración por el juez de la cláusula declarada nula por su abusividad, en consonancia con la STJUE de 14 de junio de 2012. Para el TS, procede una interpretación integradora de nuestro derecho interno conforme a la primacía del derecho comunitario ante el déficit de trasposición en este extremo de la Directiva 93/13/CE: “El TJUE ha declarado que en un litigio entre particulares, una Directiva comunitaria que no haya sido adecuadamente transpuesta no permite al juez adoptar una decisión que sea contraria al Derecho interno. Pero que el juez está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta. En este caso, es posible realizar esta interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva comunitaria, de modo que la previsión de integración de la parte del contrato afectada por la nulidad que se contiene en el art. 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cuando se esté en el caso de un contrato concertado con consumidores, y la que en el mismo sentido contenían los arts. 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 83.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, antes de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, son aplicables cuando la integración reconstructiva del contrato, tras la supresión de la cláusula abusiva, fuera necesaria para que el contrato subsistiera, en beneficio del consumidor. En los casos en que no fuera así, cuando el contrato puede subsistir simplemente con la supresión de la cláusula abusiva, sin causar perjuicio al consumidor, una interpretación del Derecho interno conforme con la Directiva exige que la cláusula abusiva sea suprimida y el contrato no sea integrado.”

porcentuales al tipo de interés ordinario (de 11,8% anual a 21,8% anual).

Mientras el interés ordinario retribuye la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a disposición del prestatario, el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones.

La abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Este se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad”.

La cláusula anulada en la sentencia indicada no fijaba el interés mediante la adición de un porcentaje al remuneratorio, sino en un porcentaje autónomo y fijo en todo caso, el 21,8% anual. El argumento que viene a utilizar el Tribunal Supremo, dado que no es posible pensar que confunda la distinta naturaleza del interés remuneratorio y del interés moratorio, supone una integración del contrato, consistente en fijar jurisprudencialmente, a falta de regulación legal, un interés moratorio sustitutivo *en todo caso* del pactado cuando éste es abusivo, y que se forma con el interés remuneratorio aplicable incrementado en dos puntos⁴¹⁰.

⁴¹⁰ Se fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado.

La solución es abiertamente criticable. En primer lugar, el Alto Tribunal impone el devengo de dicho interés incluso cuando el prestamista ha aplicado la regla del vencimiento anticipado. Si razonamos con la sentencia, lo declarado nulo es la adición por mora sobre el interés remuneratorio; si se acciona sobre toda la cantidad, el interés remuneratorio, que retribuye el aplazamiento de la cantidad prestada, deja de devengarse, habiendo declarado el propio Tribunal con anterioridad, la nulidad de la cláusula que permite el cobro del interés remuneratorio en casos de vencimiento anticipado de la obligación. Pues bien, no sólo permite dicha interpretación la continuidad del devengo de un interés ya injustificable, sino que adiciona a dicho interés dos puntos por mora, sin pacto expreso, o disposición legal que lo sostenga. Obsérvese que la referencia al derecho dispositivo tampoco justifica el incremento de dos puntos sobre el interés remuneratorio, porque dicho incremento sólo se establece en el artículo 576 de la LEC para el procedimiento de ejecución de sentencia o resolución de condena, no distinguiendo sin embargo la doctrina expuesta entre tipos de procedimiento en orden a la comparación con el artículo indicado o con el generalmente establecido para el interés de demora en defecto de pacto en el artículo 1100 del Código Civil.

La doctrina ha tenido continuidad en sede de ejecución hipotecaria, STS de 3 de junio de 2016⁴¹¹, conforme a la cual:

“Si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art. 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales.

Si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertíamos que en el préstamo personal el interés

⁴¹¹ ROJ: STS 2401/2016.

remuneratorio habitualmente es mucho más elevado, en atención a la ausencia de garantía real, esta diferencia no justifica que variemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, ya advertíamos en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, que «resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual».

Además, también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado”.

La sentencia que comentamos continúa la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia del Pleno de 23 de diciembre de 2015⁴¹², que en el ámbito de una acción de cesación formulada frente a ciertas cláusulas contenidas en contratos tipos de BBVA y Banco Popular, analiza la abusividad de la cláusula de interés moratorio del 19% contenido en el contrato tipo de la primera de las entidades. Pesa en la decisión del Alto Tribunal la confusión que en los efectos derivados de una cláusula de interés moratorio declarada nula, fija el legislador en la disposición transitoria segunda de la Ley 1/13 de 14 de mayo. La reforma del artículo 114 de la LH afecta a los préstamos y créditos suscritos para la adquisición de vivienda habitual y garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma, estableciéndose un límite máximo de los intereses moratorios equivalente a 3 veces el interés del dinero vigente, pudiendo sólo calcularse sobre el principal adeudado y sin que puedan ser objeto de capitalización. En la disposición transitoria segunda de la Ley 1/13 se extiende el efecto de la limitación legal a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca

⁴¹² ROJ: STS 5618/2015.

sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos. Para ello dispone que en los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.

La práctica de las entidades bancarias fue, de forma inmediata, y sin esperar el requerimiento de recálculo de dichas cantidades previsto en la norma, proceder a calcular, al declarar vencida la obligación, los intereses moratorios al tipo previsto en el artículo 114 de la LH, incluyéndose tal cantidad en el documento fehaciente de liquidación emitido notarialmente⁴¹³. Posteriormente el control de oficio de la existencia de la abusividad de la cláusula sobre los intereses moratorios quedaba, a juicio de dichas entidades, cerrado por la aplicación voluntaria de la disposición transitoria de la ley, criterio que vino ratificado en muchas resoluciones judiciales, resultando finalmente una moderación impuesta legalmente del tipo de interés moratorio pactado en los préstamos referidos a la adquisición de vivienda habitual. La paradoja resultante que denuncia el propio Tribunal Supremo consiste en que la mayor protección que pretende la ley 1/13 de 14 de mayo de la vivienda habitual queda comprometida en este caso por establecerse un límite legal mínimo de intereses moratorios que no existe, sin embargo, cuando la abusividad de la cláusula se analiza en el contexto de un préstamo con destino diferente⁴¹⁴.

⁴¹³ Curiosamente los notarios han certificado sin objeción que la liquidación aportada se ajustaba a lo pactado en el título.

⁴¹⁴ Sendas resoluciones del TJUE resuelven sobre las dudas planteadas por los tribunales españoles respecto de la compatibilidad de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/13 de 14 de mayo y el control de oficio por el juez de la abusividad de la cláusula sobre intereses moratorios. La STJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, resolvió que “cuando el juez nacional debe examinar una cláusula de un contrato relativa a intereses de demora calculados a partir de un tipo inferior al previsto por la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, la fijación por ley de ese límite máximo no impide a dicho juez apreciar el carácter eventualmente abusivo de tal

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como hemos apuntado, ha sido objeto de cuestionamiento por su adecuación a la doctrina

cláusula en el sentido del artículo 3 de la Directiva 93/13. De este modo, no cabe considerar que un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva. Por otra parte, en el supuesto de que el tipo de interés de demora estipulado en una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario sea superior al establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y deba ser objeto de limitación en virtud de esa disposición, tal circunstancia no es óbice para que el juez nacional pueda, además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula en la que se establece ese tipo de interés todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula. Por consiguiente, del conjunto de las anteriores consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional:

— no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y

— no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.”

Doctrina que repitió en la segunda de las cuestiones resuelta por Auto de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13.

La práctica judicial y la doctrina se dividieron en la aplicación de la jurisprudencia del TJUE y las consecuencias que ello tendría en relación a la declaración de abusividad de los intereses moratorios. Resume las discrepancias indicadas DOMÍNGUEZ RUIZ, L. (2016), “Medidas de protección del deudor hipotecario: la limitación de los intereses de demora”, en *Vivienda, préstamo y ejecución*, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. / MURGA FERNÁNDEZ, J.P., *op. cit.*, pp. 643-645: “la mayor parte de la doctrina entiende que si la cláusula de intereses de demora es abusiva, en el sentido del artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE (...) el juez debe declararla nula e inaplicarla (...). En definitiva, si la cláusula es nula no cabe modulación alguna. Ahora bien, ante el hecho de que la cláusula de intereses de demora se inaplique por abusiva, hay quienes consideran que no queda claro que no habría que aplicar, entonces, el límite del artículo 1108 del CC (...). Por otro lado, hay quien entiende que la DT 2ª de la Ley 1/2013 es de aplicación obligatoria por parte de los jueces nacionales. En este sentido, la citada Disposición debe ser aplicada de manera previa a la posible apreciación del carácter abusivo de la cláusula. Es decir, el juez tendría en primer lugar que moderar la cláusula de intereses de demora del contrato (...) Y en segundo lugar, una vez moderada la cláusula de intereses de demora el juez debe examinarla para ver si es abusiva o no. Finalmente, hay quienes se plantean que la doctrina que se deriva de la STJUE de 21 de enero de 2015 puede dar lugar a interpretaciones erróneas, de manera que el Juez al controlar el carácter abusivo de una cláusula de intereses de demora quede vinculado a comprobar si se respetan los límites legales del artículo 114 de la LH. De ser así, el Juez inaplicaría una cláusula por abusiva cuando los intereses de demora fuesen superiores a tres veces el interés legal del dinero”.

A nuestro juicio, la única interpretación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/13 de 14 de mayo compatible con la doctrina del TJUE es entender que el recálculo de intereses no puede, en primer lugar, realizarse voluntaria y previamente por la parte ejecutante, sin espera al requerimiento del Letrado de la Administración de Justicia o del Notario actuante. En segundo lugar, y ya referido al procedimiento de ejecución hipotecaria, la intervención del Letrado de la Administración de Justicia se produce únicamente tras el despacho de ejecución acordado por el Juez en la llamada orden general de ejecución. Y es precisamente antes del dictado de este auto cuando se ha introducido el trámite del artículo 552 de la LEC para el control de abusividad de las cláusulas en los contratos celebrados con consumidores. Por ello sólo cuando el juzgador no haya declarado la abusividad del interés moratorio podrá requerirse el recálculo del interés y sólo en el ámbito del artículo 114 de la LH como medida suplementaria de protección del adquirente de vivienda. Medida que difícilmente será necesario aplicar, porque partiendo de que el concepto de vivienda habitual viene referido lógicamente a un consumidor, la apreciación de la nulidad del interés moratorio habrá conllevado su expulsión del contrato; o si se entiende de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo que venimos comentando, el devengo únicamente como interés moratorio del remuneratorio, que dados los tipos de interés variables que vienen siendo de aplicación a los préstamos hipotecarios, no será superior al interés del artículo 114 de la LH.

del TJUE sobre las consecuencias de la declaración de la abusividad de la cláusula sobre intereses moratorios, no sólo por el propio Tribunal Supremo, sino por varios órganos judiciales⁴¹⁵. El Juzgado de Primera Instancia Número 38 de Barcelona formuló cuestión prejudicial referida a la ejecución de un préstamo no hipotecario sobre la adecuación de la doctrina jurisprudencial al contenido de la Directiva 93/13/CE, preguntando al TJUE:

“Si, de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1. a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios y la jurisprudencia comunitaria que lo desarrolla, es ajustado al Derecho de la Unión el fijar como criterio inequívoco la determinación que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado.

Si, de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1 a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios y la jurisprudencia comunitaria que lo desarrolla, es ajustado al Derecho de la Unión el fijar como consecuencia que se siga devengando el interés remuneratorio hasta el completo pago de lo adeudado”⁴¹⁶.

⁴¹⁵ En la labor de aplicación del Derecho comunitario, sostiene AZPITARTE SÁNCHEZ, M. (2002), *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Edit. Civitas, Madrid, que el juez nacional se convierte en el garante habitual del Derecho comunitario, pero no deja de estar sujeto a la Constitución, p. 25, y al ordenamiento interno, de forma “la plasticidad del adagio el juez nacional como juez comunitario” acaba conduciendo a un error, pues no es cierto que se encuentre en esta labor únicamente sometido al derecho comunitario, sino por imperativo del artículo 93 CE no puede desvincularse del ordenamiento nacional, pues en éste encuentra la razón por la que se somete al comunitario, p. 98. De ahí la importancia de la cuestión prejudicial como mecanismo de efectiva aplicación y desarrollo de la eficacia del Derecho comunitario, p. 113. Quienes han criticado la constante e incesante cadencia de cuestiones prejudiciales formuladas por los jueces nacionales harían bien en valorar que el sometimiento a las fuentes del derecho del juez obliga a valorar la jurisprudencia reiterada y constante del Tribunal Supremo en la interpretación de la norma.

⁴¹⁶ El juzgado de Primera Instancia 60 de Madrid tiene planteada similar cuestión derivada de un procedimiento monitorio, preguntando al TJUE “si la utilización del tipo pactado de los intereses remuneratorios para un supuesto en el que es de aplicación los intereses moratorios es una actuación

Probablemente esté en el planteamiento por el TS de la cuestión prejudicial por auto de 22 de febrero de 2017 ya citado sobre su jurisprudencia en referencia al interés moratorio, el impacto de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 sobre el alcance de la retroactividad limitada de la jurisprudencia del TS en relación a la cláusula suelo. La cuestión pretende la respuesta del Alto Tribunal europeo no sólo sobre la conformidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la Directiva sino, para el caso de que la misma fuere declarada no conforme a la misma, que el Tribunal europeo indique las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad de la cláusula sobre intereses moratorios⁴¹⁷:

“1ª) Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que declara que la cláusula de un contrato de préstamo que establece un tipo de interés de demora que suponga un recargo de más de un 2% sobre el tipo del interés remuneratorio anual fijado en el contrato constituye una indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que se ha retrasado en el cumplimiento de su obligación de pago y, por tanto, es abusiva?

2ª) Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora, identifica como objeto del control de abusividad el recargo que dicho interés supone respecto del interés remuneratorio, por constituir la «indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que no ha cumplido sus obligaciones», y establece que la consecuencia de la declaración de abusividad debe ser la supresión total de dicho recargo,

que respeta la Directiva 93/13 o por el contrario supone una integración del contrato no permitida por la jurisprudencia comunitaria”.

⁴¹⁷ Auto del Pleno del Tribunal Supremo en el recurso de casación 2825/2014 de fecha 22 de febrero de 2017, ROJ: ATS 785/2017. La cuestión ya ha recibido el primer pronunciamiento del TJUE denegando la tramitación de la cuestión por el procedimiento de urgencia.

de modo que solo se siga devengando el interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo?

3ª) En caso de que la respuesta a la pregunta segunda fuera negativa: la declaración de nulidad de una cláusula que establece el tipo de interés de demora, por abusiva, ¿debe tener otros efectos para que sean compatibles con la Directiva 93/13/CEE, como por ejemplo la supresión total del devengo de interés, tanto remuneratorio como moratorio, cuando el prestatario incumple su obligación de pagar las cuotas del préstamo en los plazos previstos en el contrato, o bien el devengo del interés legal?”.

La nulidad con efectos controlados o limitados que hemos expuesto para el caso de los intereses de demora se ha aplicado igualmente, bajo distinto argumento, para la cuestionada cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento del deudor.

Recordemos que la cláusula de vencimiento anticipado por el incumplimiento del deudor de una sola cuota de amortización del préstamo fue objeto de análisis por el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de diciembre de 2009⁴¹⁸, también en el seno de una acción de cesación respecto de cláusulas contenidas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria analizados; concluyendo el Alto Tribunal que “la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el art. 1.255 CC la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa - verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo-. En esta línea se manifiestan las Sentencias de 7 de febrero de 2.000 (aunque para el ámbito del contrato de arrendamiento financiero); 9 de marzo de 2.001; 4 de julio de 2.008; y 12 de diciembre de 2.008”⁴¹⁹. La sentencia de 16 de diciembre de 2009 limita el

⁴¹⁸ ROJ: STS 8466/2009

⁴¹⁹ La sentencia del TS de 12 de diciembre de 2008, ROJ: STS 6858/2008 analizaba la cláusula de vencimiento anticipado por el impago de una cuota en préstamos con garantía hipotecaria y la vigencia de la doctrina contenida en la STS 27 de marzo de 1999, que consideró abusivas dichas cláusulas en tanto constaba garantizaba por la hipoteca la deuda: “El artículo 127.2 de la Ley Hipotecaria establece

examen de la validez de la cláusula de vencimiento anticipado en los contratos de larga duración ante incumplimientos limitados del deudor, al valorar en abstracto el carácter esencial de la obligación de pago de las amortizaciones mensuales por el deudor, desligándose de otros conceptos tenidos en cuenta por la doctrina, como la frustración del fin del negocio, o la gravedad del incumplimiento, y desconociendo por completo el concreto proceso negociador que caracteriza la contratación bajo condiciones generales⁴²⁰.

que, cuando para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar la finca hipotecada y aun quedaran por vencer otros plazos de la obligación, se aplicará lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 135 ; el último artículo citado, hasta la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 , disponía que, si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses, fuere necesario enajenar la finca hipotecada, y aun quedaran por vencer otros plazos de la obligación, se llevará a cabo la venta y se transferirá la finca al comprador, con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviese satisfecha. El artículo 127 hace mención al procedimiento ejecutivo que el acreedor puede iniciar para hacer efectivo su derecho, y el artículo 135 facilitaba una posibilidad, que tendría su origen en la voluntad del acreedor hipotecante, o en un pacto contractual sin excluir la posibilidad de la cláusula de vencimiento anticipado amparada en el artículo 1255 del Código Civil . Por otra parte, el artículo 10 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles determina que, en caso de impago de dos plazos o del último, el financiador puede optar entre resolver el contrato o exigir la totalidad de los plazos pendientes. La STS de 27 de marzo de 1999 ha considerado abusivas, y, por consiguiente, nulas las cláusulas de vencimiento anticipado cuando las deudas estén suficientemente garantizadas, no obstante la posición de esta resolución no ha tenido continuidad en la jurisprudencia; además, sus conclusiones se circunscriben al ámbito del caso enjuiciado, ya que existían prerrogativas abusivas para el Banco prestamista, a cuyo arbitrio quedaba el cumplimiento del contrato, pues se reservaba la decisión de entregar o no el dinero objeto del préstamo. Como se ha señalado en el fundamento de derecho segundo de esta resolución, no cabe tener en cuenta la sentencia indicada como integrante de doctrina jurisprudencial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.1 del Código Civil, dado que manifiesta un criterio aislado y sin continuidad en esta Sala. No sirve para el objetivo pretendido la tesis de que, con fundamento en lo establecido en los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria , en el supuesto de impago por parte del deudor, el acreedor hipotecarlo venga obligado a esperar el transcurso del plazo convenido cualquiera que sea su duración para ejecutar la garantía y limitar la ejecución a los vencimientos impagados, debido a que ninguno de estos preceptos excluye la factibilidad de que, como consecuencia de pacto entre las partes, se establezca el vencimiento anticipado de la obligación, cuya legalidad tiene cobijo en el artículo 1255 del Código Civil , que permite a los contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”

Y más adelante, sin valorar la imposición de las cláusulas de vencimiento anticipado, concluye que: “Es evidente que los artículos 1125, 1127 y 1129 del Código Civil son preceptos dispositivos y no imperativos. Los artículos 1125 y 1127 indican que las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, serán exigibles cuando el día llegue, y siempre que en las obligaciones se designe un plazo, se presume establecido en beneficio del acreedor y del deudor, salvo que de las obligaciones o de otras circunstancias apareciera que se había establecido el plazo a favor de uno de ellos. En los contratos de préstamos concertados por entidades financieras, el plazo se establece en provecho de ambas partes, habida cuenta de que mediante las operaciones de esta naturaleza, aquellas compañías realizan una actividad mercantil, asimismo en favor del cliente, pues, a través de las mismas, puede alcanzar la adquisición de activos, principalmente de viviendas. El artículo 1129 establece que perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda, cuando no otorgue al acreedor la garantía a que estuviese comprometido, y cuando por actos propios hubieran disminuido las garantías establecidas o cuando por caso fortuito hubieran desaparecido, salvo que se hubieran sustituido por otras nuevas. En verdad, estas normas del Código Civil poseen carácter dispositivo, que no impiden el vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, con base en lo establecido en el artículo 1255 del Código Civil.”

⁴²⁰ Para OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2012), *Derecho Civil Patrimonial I*, LÓPEZ LÓPEZ. A./VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 254, “no cualquier incumplimiento podrá dar lugar a la resolución del contrato, sino únicamente aquél que pueda ser calificado de esencial. La determinación

El TJUE sobre la cláusula de vencimiento anticipado por el incumplimiento de una sola cuota de amortización, venía diciendo desde la sentencia Aziz que

“respecto de la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la

de la esencialidad se hará caso por caso, teniendo en cuenta que lo importante no es el carácter principal o accesorio de la obligación cumplida, sino su gravedad a efectos de frustrar el fin perseguido”. En el mismo sentido GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C. (2012), *Las causas de exigibilidad anticipada del crédito en los contratos bancarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 67-68, para quien el incumplimiento que puede provocar el anticipo del crédito debe tener una relevancia suficiente, idéntica a juicio de cierta doctrina, al que se dará en los supuestos en los que dicho incumplimiento pueda dar lugar a la resolución, es decir, cuando resulte frustrado el interés buscado al realizar el contrato; y en materia de consumo, ha de tenerse especial cuidado en aceptar la cláusula de vencimiento anticipado por cualquier incumplimiento del deudor, desligándose de la gravedad del mismo, en atención a que no existe verdadera negociación, *op. Cit.* pp. 70-71. Para SAN MIGUEL PRADERA, L.P. (2011), “La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?”, *Anuario de Derecho Civil*, p. 1695, la falta de definición en el Código Civil de qué sea un incumplimiento resolutorio tiene su razón de ser en el sistema resolutorio por el que opta el texto legal, confiando en todo caso la resolución al juez que la declara después de comprobar que esta resulta procedente, y pese al debate doctrinal y jurisprudencial existente, hoy puede concluirse que el incumplimiento resolutorio es un mecanismo de protección del acreedor en aquellos casos en los que exista un incumplimiento importante o esencial, que puede revestir cualquier manifestación (imposibilidad, retraso, cumplimiento parcial, defectuoso...), sin exigir que el mismo sea subjetivamente imputable al deudor, p. 1701. En el mismo sentido HERRADA BAZÁN, V. (2017), “Incumplimiento y resolución contractual (con particular referencia al retraso y las cláusulas resolutorias)”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. IV, n° 1, p. 40, con exégesis jurisprudencial: “la vía resolutoria requiere que el incumplimiento sea esencial, lo que tendrá lugar cuando exista una defraudación del fin perseguido en el contrato para la parte afectada. Más que valorar a posteriori factores como la incidencia económica en el contrato, habrá que descubrirse el fin o causa del contrato, lo que requiere un análisis del sentido y la significación de las cláusulas que lo integran («aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato», dicen los instrumentos internacionales aludidos), incumplimiento esencial que es por sí mismo un incumplimiento definitivo, p. 45.

aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo”⁴²¹.

Consecuencia de la sentencia Aziz, la Ley 1/13 de 14 de mayo modifica el artículo 693 de la LEC que permitía originalmente la reclamación de la totalidad de la deuda en caso de existencia en el contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria de cláusula de vencimiento anticipado inscrita en el Registro de la Propiedad. La nueva dicción del número 2 del artículo 693 de la LEC establece límites al pacto sobre vencimiento anticipado en el sentido de que podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución.

En unas jornadas de fecha 8 de mayo de 2013 celebradas entre los Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Supremo y 20 Magistrados de Juzgados de Primera Instancia y las Audiencias Provinciales, en el ámbito de la formación judicial organizada por el CGPJ, sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en las ejecuciones hipotecarias se adoptan una serie de conclusiones, que son objeto de publicidad y que adquieren notable relevancia práctica; entre ellas, y respecto

⁴²¹ Doctrina reiterada en el Auto del TJUE de 14 de noviembre de 2013, asuntos acumulados C-537/12 y C-116/13: “El artículo 3, apartados 1 y 3, de la Directiva 93/13 y los puntos 1, letras e) y g), y 2, letra a), de su anexo deben interpretarse en el sentido de que, con el fin de examinar el carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario, como la controvertida en el litigio principal, reviste en particular una importancia esencial:

- la cuestión de si la facultad del profesional de resolver unilateralmente el contrato depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate;
- la cuestión de si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo;
- la cuestión de si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que resulte más difícil para el consumidor, a la vista de los medios procesales de que dispone, el acceso a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa, y
- la cuestión de si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos de la resolución unilateral del contrato de préstamo.

Corresponde al órgano jurisdiccional remitente realizar esta apreciación en función de todas las circunstancias que concurran en el litigio del que conoce.”

del vencimiento anticipado, se concluye que “el posible carácter abusivo de la cláusula en abstracto no generará por sí la nulidad de dicha cláusula sino que deberá valorarse según las circunstancias del caso. En concreto, aunque se prevea el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, si la reclamación se interpone cuando se haya producido el incumplimiento en los términos previstos en el artículo 693 LEC según el texto de la proposición de ley, no se apreciará el carácter abusivo de la cláusula”.

La práctica bancaria acogería unánimemente dichas conclusiones, esperando en todo caso, y pese al tenor de la cláusula, el incumplimiento por el deudor de más de tres vencimientos periódicos del préstamo o crédito antes de dar por vencido el contrato anticipadamente, sosteniendo que no se había aplicado la cláusula y que el incumplimiento revestía las condiciones de gravedad y esencialidad exigidos por la doctrina del TJUE para el vencimiento anticipado de la obligación; argumento asimismo acogido por un importante sector de las Audiencias Provinciales⁴²².

⁴²² Así la Sección 13 de la AP de Barcelona en auto de 30 de diciembre de 2014, ROJ: AAP B 768/2014: los requisitos que han de cumplirse para que la cláusula de vencimiento anticipado sea considerada abusiva, cuyos requisitos han de cumplirse conjuntamente :1.El incumplimiento por el consumidor de una obligación que tenga la consideración de esencial en el contrato: El pago de las cuotas estipuladas en el contrato de préstamo es considerada una obligación esencial del contrato, tanto por las entidades bancarias como por los Juzgados. Por lo que el incumplimiento de esta obligación justificaría la entrada en juego de la cláusula de vencimiento anticipado. 2. Que el incumplimiento sea lo suficientemente grave, teniendo en cuenta la duración y la cuantía del préstamo. El cumplimiento de este requisito, en último término, queda al arbitrio del juez que conozca del caso concreto (así, comprobará porcentaje que las cuotas impagadas suponen respecto del préstamo total, debiendo ser considerada abusiva la cláusula si el incumplimiento resulta ser irrelevante). Dado que, atendido el momento en que se presentó la demanda ejecutiva (13.1.2012), no resulta aplicable al caso el art. 693.2 LEC en su redacción vigente tras la aprobación de la Ley 1/2007 (Disposición Transitoria 4ª.1), y que, por tanto, no es exigible el requisito que en el mismo se contempla, el examen sobre la posible abusividad de la cláusula objeto de recurso ha de valorarse por razones de fondo. Es cierto, pues, que la literalidad de la cláusula puede ser considerada abusiva; pero no podemos obviar que el art. 695.1.4ª LEC recoge como causa de oposición, "El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible", por tanto, la cláusula sexta bis del contrato de préstamo hipotecario que se ejecuta no constituye el fundamento de la ejecución, ya que la entidad bancaria declara vencido el préstamo cuando habían sido impagadas hasta ocho cuotas mensuales (de abril de 2010 a noviembre de 2010, ambas inclusive). Así una postura jurisprudencial asentada viene entendiendo que el juicio sobre el eventual carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria se deberá llevar a cabo tomando en consideración no la literalidad de la cláusula pactada, apreciada en abstracto, sino en función de las concretas circunstancias de cada caso, atendiendo al uso que la entidad bancaria haya hecho de tal previsión contractual. En definitiva, si bien la cláusula pactada preveía la posibilidad de dar por vencido anticipadamente el préstamo para el caso de incumplimiento del pago de una sola cuota, la efectividad de la misma no se produjo sino después de una reiteración de incumplimientos, que excluyen que su ejercicio pueda ser considerado como abusivo, ya que se dio por vencido el préstamo ante un incumplimiento claro, habiendo resultado impagadas hasta ocho cuotas. Por último. a mayor abundamiento y en relación con la doctrina del TJUE, no podemos olvidar la prevención

La valoración de la cláusula de vencimiento anticipado únicamente cuando la misma ha sido objeto de aplicación concreta en el procedimiento de ejecución hipotecaria motiva el planteamiento de una nueva y trascendente cuestión prejudicial por el Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Santander, finalmente resuelta mediante auto del TJUE de 11 de junio de 2015⁴²³, anteriormente citado. Para el TJUE el mero hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado sobre la que versa el litigio principal resulte contraria al artículo 693, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula, y la no aplicación de dicha cláusula por el profesional no excluye el desequilibrio que la misma pueda ocasionar en detrimento de los derechos del consumidor. Criterio que volverá a sostener en la STJUE de 26 de enero de 2017⁴²⁴, en que se preguntaba al Tribunal sobre la posibilidad de valorar la abusividad de la cláusula aun cuando el profesional no la hubiera aplicado, esperando un número de plazos superior al marcado por la ley para declarar el vencimiento anticipado de la obligación: “la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación

contenida en el art. 693.3 LEC que establece que, aunque la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aún sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte, liberación que podrá reiterarse en ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor, de manera que los ejecutados pueden liberar el bien con la consignación de las cantidades indicadas.” En sentido similar y sin ánimo de exhaustividad las resoluciones de la Sección 18 de la AP de Madrid de 19 de diciembre de 2014 (ROJ: AAP M 338/2014), de la Sección 8 de la AP de Cádiz de 19 de diciembre de 2014 (ROJ: AAP CA 101/2014), o de la Sección 2 de la AP de Girona de 22 de diciembre de 2014 (ROJ: AAP GI 90/2014). Por otra parte la doctrina también se ha hecho eco de esta praxis judicial. Así ACHÓN BRUÑÉN, M.J. (2013), “Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos

de Juzgados y Tribunales”, *Diario La Ley*, N° 8127, Sección Doctrina: “Si se hubiere pactado el vencimiento anticipado por impago de un número menor de cuotas que las previstas en el art. 693 LEC (las correspondientes a tres mensualidades) no procederá despachar ejecución y, si se ha despachado, procederá dejar esta sin efecto, a menos que cuando se hubiera iniciado el proceso de ejecución ya se debieran al menos tres. Si en un juicio declarativo se invoca la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado antes de que se haya producido cualquier incumplimiento, el Juez únicamente habrá de apreciar la redacción literal de la cláusula; por el contrario, si esta misma cláusula es valorada en un procedimiento hipotecario no sólo hay que analizar los términos de la cláusula sino las concretas circunstancias en que se ha ejercitado, por lo que, aun disponiéndose en la misma que cabe el vencimiento anticipado por un solo impago si se ha ejercitado con al menos tres, no podrá declararse nula dejando sin efecto la ejecución despachada”.

⁴²³ Asunto C-602/13.

⁴²⁴ Asunto C-421/14.

jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional”⁴²⁵.

Nuestro Tribunal Supremo aborda otra vez la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios por el impago de una cuota de la amortización en la sentencia ya citada de 23 de diciembre de 2015⁴²⁶, resolviendo que

“la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC , en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el

⁴²⁵ A nuestro juicio las cuestiones prejudiciales citadas sobre la posibilidad de declaración de la abusividad de la cláusula aun cuando el profesional no la hubiera usado, esperando un número de plazos superior al legal para declarar vencida la obligación, no debieron haber exigido el diálogo con el TJUE de haberse atendido jurisprudencialmente a las consecuencias de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Las particularidades de la garantía real conllevan que el plazo no se deba considerar necesariamente extinguido por el incumplimiento parcial del deudor, de acuerdo con los artículos 1129 del CC, 127 LH y 693 de la LEC. El vencimiento anticipado de la deuda garantizada con hipoteca exige el pacto expreso con inscripción además en el Registro de la Propiedad. Si el pacto se invalida por su abusividad, la LEC no permite el cobro completo de la deuda, porque no resulta del título ejecutivo la posibilidad de vencimiento anticipado, instrumentando la posibilidad del cobro de los vencimientos impagados, en los términos de los artículos citados 127 LH y 693 de la LEC con el mantenimiento de la garantía. Se trata, en definitiva, de una moderación o suavización de las consecuencias de la declaración de la nulidad que ha debido ser nuevamente objeto de destierro por parte del TJUE.

⁴²⁶ La cláusula analizada era del siguiente tenor: “*No obstante el plazo pactado, el BANCO podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia, en los siguientes casos: a) Falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses*”.

incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves”⁴²⁷.

Sin embargo, en cuanto a las consecuencias derivadas de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, el Tribunal aconseja huir de interpretaciones *maximalistas* so pretexto de la protección dispensada al consumidor que acaben por perjudicar el acceso del mismo al crédito hipotecario y a la adquisición de la vivienda habitual. Y junto a dicho argumento valora que cuando el incumplimiento del deudor reviste los caracteres de gravedad y esencialidad, pese a fundarse en una cláusula declarada nula por su abusividad, el cerrar la vía del procedimiento de ejecución hipotecaria al sobreseer el mismo por apoyarse en esta cláusula nula, obliga al acreedor a acudir al procedimiento declarativo, donde ya el deudor no goza (a juicio del Tribunal) de los derechos que el procedimiento de ejecución hipotecaria concede al deudor: la limitación de las costas e intereses, la posibilidad de enervación del préstamo en caso de que se trate de vivienda habitual o la facultad de reducción de la deuda en los supuestos del artículo 579 de la LEC. Por lo que concluye (en el seno de una acción colectiva y, por tanto, declarativa) que “no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo anteriores a la Ley 1/2013, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato, en los términos expresados”⁴²⁸.

⁴²⁷ “ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC , los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11)”.

⁴²⁸ El pronunciamiento no tiene reflejo en la parte dispositiva. No se trata de condicionar la nulidad declarada de la cláusula, sino que el Tribunal Supremo realiza estas afirmaciones con destino a los

La doctrina del Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos sobre el alcance limitado de la declaración de nulidad de la cláusula de

múltiples procedimientos de ejecución hipotecaria que se siguen en los Juzgados de España. No se trata de modular el alcance de la cosa juzgada de la sentencia dictada en una acción colectiva, sino que se realiza un pronunciamiento preventivo en atención a los previsibles sobreseimientos derivados de la invocación de su doctrina en los procedimientos de ejecución hipotecaria.

Nuevamente el Magistrado Javier Orduña formula voto particular frente a la sentencia, compartiendo los argumentos sobre la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado de la Sala, sostiene que la limitación de los efectos de la doctrina citada respecto de los procedimientos de ejecución en curso “desnaturaliza conceptualmente el control de abusividad, neutraliza su efectividad y función, supone una clara integración de la cláusula declarada abusiva y, en definitiva, resulta contraria a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en este ámbito”. Entre los argumentos que sostienen el voto particular resaltamos: “en el presente caso no se cuestiona, o se somete a valoración o debate, el régimen sustantivo de nuestro sistema actual de ejecución hipotecaria, ni su aplicación según las reglas procesales, o la hipotética conveniencia, para los intereses del consumidor, de la continuidad del proceso de ejecución hipotecaria frente a su posible defensa en el correspondiente juicio declarativo en donde la entidad, tras el sobreseimiento, pretenda hacer valer la garantía hipotecaria. Consideraciones, todas ellas, que exceden al objeto y fundamento jurídico del presente caso y que, como hemos argumentado a lo largo de este voto particular, no pueden, en última instancia, justificar una aplicación supletoria de una norma nacional que no sólo es contraria a la “ratio” de la Directiva 93/13, sino también a la propia doctrina del TJUE que la desarrolla. Pues, hay que insistir, una vez más, y las veces que resulten necesarias, que la integración del vacío que deja la cláusula declarada abusiva sólo puede, excepcionalmente, realizarse a través de una aplicación supletoria cuando dicha nulidad afecte a un elemento esencial de contrato principal, sin que éste puede seguir subsistiendo, y además se realice sólo en atención de los intereses y derechos del consumidor. En el presente caso, no se dan ninguno de los presupuestos citados, ni la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado afecta, per se, a la nulidad del contrato principal del préstamo, sino a la ejecución de la su garantía hipotecaria (elemento accesorio), caso distinto al analizado en la STJUE de 30 de abril de 2014 en donde la nulidad de la cláusula sí que afectaba a la validez del contrato de préstamo, ni tampoco el efecto directo de la aplicación supletoria favorece o beneficia, en modo alguno, los intereses o la posición jurídica del consumidor, pues, como se ha señalado, se mire por donde se mire, la continuación del procedimiento de ejecución representa la consecuencia patrimonial más perversa para el consumidor, sin que éste pueda hacer valer sus derechos en su caso, con las garantías que le ofrece el juicio declarativo al respecto. Todo ello, como también se ha señalado, en una clara vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24 CE).”

Con posterioridad a la sentencia que comentamos, el TJUE se pronuncia en Auto de 17 de marzo de 2016, asunto C-613/15, sobre las consecuencias de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y su integración mediante la aplicación de las normas de derecho dispositivo vigentes en defecto de pacto. En esta resolución el TJUE cuestiona que pueda encontrarse una protección suplementaria del consumidor con la aplicación de las reglas del artículo 693 de la LEC: “los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, en su caso procediendo a su anulación, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:2015:21, apartados 28 y 41). Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:2015:21, apartado 33). No obstante, en el litigio principal, y sin perjuicio de las comprobaciones que a este respecto deba realizar el órgano jurisdiccional remitente, la anulación de las cláusulas contractuales en cuestión no parece que pueda acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que, por una parte, los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas y, por otra parte, interesa al consumidor que no se declare el vencimiento anticipado del reembolso del capital prestado (véase, en este sentido, la sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:2015:21, apartado 34”).

vencimiento anticipado en los procedimientos de ejecución hipotecaria ha sido objeto nuevamente de cuestionamiento ante el TJUE. El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander plantea cuestión sobre la adecuación de la interpretación impuesta por el Alto Tribunal a la doctrina del TJUE sobre los efectos derivados de la nulidad de una cláusula abusiva⁴²⁹. Y nuevamente, como ha ocurrido con la jurisprudencia sobre las consecuencias de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, el Tribunal Supremo cuestiona ante el TJUE la adecuación de su doctrina, ya dictada, a la Directiva 93/13/CE. En el auto de 8 de febrero de 2016⁴³⁰ el Tribunal Supremo pregunta:

“1.- Si, en las cláusulas que permiten el vencimiento anticipado por cualquier impago de capital o intereses, resulta conforme al artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE apreciar la abusividad solo del inciso o pacto relativo al impago de una cuota (como acordó la sentencia recurrida) manteniéndose la validez del pacto en los casos restantes. Es decir, sobre la posibilidad de separabilidad de los distintos elementos autónomos de una cláusula con varios enunciados.

2- Si un tribunal nacional tiene facultades para determinar, una vez declarada la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, que la aplicación supletoria del Derecho nacional, aunque determine el

⁴²⁹ “1) ¿Los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, son compatibles con que la apreciación como abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado, que constituye el fundamento de un proceso de ejecución, no genere ninguna consecuencia en el proceso judicial en el que se detecta?

2) ¿Los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE son compatibles con una interpretación que condiciona las consecuencias de la apreciación como abusiva una cláusula de vencimiento anticipado a las concretas características de los procesos por los que puede optar el profesional?

3) ¿Es acorde con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE una interpretación según la cual aunque una cláusula predispuesta permita el vencimiento anticipado en un contrato de larga duración por un incumplimiento no grave y dejando al consumidor en peor condición que la resultante de la norma nacional supletoria la cláusula no sería nula únicamente porque exista una regla correctora en la norma procesal nacional sólo aplicable en el concreto proceso escogido por el profesional y sólo si se dan determinadas condiciones?

4) ¿Es el artículo 693.3 LEC un remedio adecuado y eficaz que permite al consumidor poner remedio a los efectos de un pacto de vencimiento anticipado abusivo teniendo en cuenta que debe pagar los intereses y costas?

5) ¿Respeta el principio de efectividad de la Directiva 93/13/CEE y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea una ley procesal nacional que otorga derechos al consumidor que puede hacer valer en un proceso de ejecución especialmente expeditivo que el profesional puede escoger entre otros alternativos en los que tales derechos son desconocidos?”

⁴³⁰ ROJ: ATS 271/2017.

inicio o prosecución de un proceso de ejecución hipotecaria contra un consumidor, es más ventajoso para este que sobreseer dicho proceso y quedar expuesto a una ejecución ordinaria tras una sentencia firme en un juicio declarativo”.

Otro ejemplo de lo que venimos comentando lo encontramos en los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de ejecución notarial. En la sentencia de 14 de julio de 2016⁴³¹ el Tribunal Supremo analiza la abusividad de la cláusula por la cual se pactaba en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, la posibilidad de instar la ejecución a través del procedimiento de ejecución notarial. El contrato de préstamo se celebró con anterioridad a la Ley 1/13 de 14 de mayo, cuando no se permitía al notario la suspensión del procedimiento por la existencia de cláusulas abusivas hasta la resolución judicial de la demanda iniciada por el consumidor instando la nulidad de las mismas. Ante el impago del préstamo la entidad prestamista instó la ejecución notarial, donde se desarrolló la subasta y se adjudicó el inmueble. Los prestatarios, consumidores, iniciaron procedimiento declarativo interesando la nulidad de dicha cláusula por tratarse de una condición general de la contratación, que supone una renuncia a los derechos del consumidor, en especial del control de oficio del clausulado y de asistencia jurídica gratuita. La demanda se estima en primera instancia y en apelación,

⁴³¹ ROJ: STS 3412/16. Para CARRASCO PERERA, A. (2016), “Sobre el control de abusividad de la cláusula de ejecución notarial de la hipoteca”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 19, pp.60, “según la STS la cláusula de ejecución notarial no puede ser impugnada nunca en exclusividad, ni siquiera cuando la oposición del deudor se insta antes de la demanda de ejecución judicial, porque habrá que alegar junto a ella la nulidad de una cláusula material (v.gr. intereses, vencimiento anticipado). En otras palabras, la cláusula de ejecución extrajudicial, como otras, es una metacláusula, que por eso mismo no puede incurrir en abusividad material”. Para FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (2016), “Cláusulas abusivas y ejecución notarial. Comentario a la STS de 14 de julio de 2016 (RJ 2016, 3399)”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n° 103, acertadamente “el Tribunal Supremo subraya la imposibilidad de enjuiciar en abstracto la abusividad de la cláusula que permite al acreedor acudir a la ejecución extrajudicial pese a la contrariedad *a priori* de dicho procedimiento con el principio de protección eficaz del art. 7 de la Directiva. En definitiva, la Sentencia comentada considera que la restricción a la protección eficaz de los derechos del consumidor derivada del mecanismo de ejecución extrajudicial debe analizarse a la luz de las circunstancias concurrentes en cada supuesto. El carácter abusivo del mecanismo de ejecución extrajudicial deriva de la imposibilidad del consumidor de alegar la existencia de cláusulas abusivas que repercuten en la validez del título ejecutivo o la cantidad exigible adeudada. Pero para llegar a dicha conclusión parece lógico exigir la denuncia por el consumidor de la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario o su apreciación de oficio por el órgano judicial ante el que se plantea la controversia, situación que no se daba en el caso enjuiciado y que conduce a la estimación del recurso de casación interpuesto por Banesto”.

resolviendo el Tribunal Supremo el recurso de casación formulado por la entidad bancaria, casando la sentencia de apelación, con el argumento de que tratándose de una acción individual, se ha de estar a las circunstancias concretas del caso. Y en estas circunstancias el Tribunal Supremo alega que no se han invocado las concretas cláusulas que pudieran revestir carácter abusivo y que, conforme a la regulación del procedimiento notarial vigente en la fecha de la contratación, se hubieran visto impedidos los consumidores de alegar y discutir en el seno del procedimiento de ejecución:

“A la vista de lo anterior, en el presente caso nos encontramos con que sólo se pide la nulidad de la estipulación 11ª, y no se aducen por el peticionario las cláusulas que habría podido invocar como abusivas, y por ello nulas, para suspender la ejecución y oponerse a ella, y que no pudieron serlo. Que es lo que pondría en evidencia la limitación efectiva y concreta de los derechos del consumidor que le habría ocasionado la cláusula controvertida.

Vigente el contrato y antes de la ejecución de la garantía hipotecaria, podría tener sentido una demanda en la que sólo se pidiera la declaración de nulidad de una cláusula que habilitaba al acreedor para acudir a la ejecución extrajudicial, en caso de incumplimiento del prestatario, para que cesara su vigencia y por lo tanto no pudiera acudirse a aquel cauce para la ejecución, pero siempre bajo la presuposición de que en su caso se invocaría la existencia de una cláusula abusiva que pudiera advertirse entonces.

Pero pendiente el procedimiento de ejecución, el interés en pedir la nulidad de esta cláusula sólo se justifica porque vaya a impedir o haya impedido impugnar y, en su caso, suspender la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas que no sean sólo la que permite la venta extrajudicial. Esto es, podría pedirse la nulidad de la estipulación 11ª justificando la concreta merma de protección frente a cláusulas abusivas que le ocasionaba aquel cauce de

ejecución extrajudicial, pero siempre mediante la indicación de la nulidad de las cláusulas que quería hacer valer.

Por eso, en nuestro caso, en atención al contenido de la cláusula cuya declaración de abusividad se pretende, que radica en el desequilibrio que podría suponer para el consumidor, si se acude a la venta extrajudicial, la limitación de garantías en relación con el control de la abusividad de otras cláusulas contractuales, como no se mencionan por la demandante la existencia de estas cláusulas abusivas que no han podido invocarse, debe rechazarse la apreciación de que haya existido una abusividad real”.

A nuestro juicio, sin embargo, el examen de las circunstancias concretas que ordenan el caso resuelto debió limitarse a las circunstancias procedimentales vigentes en la fecha de la contratación en referencia al llamado procedimiento de ejecución notarial, al no discutirse, y constar por ello como hecho probado, que no existió negociación individualizada respecto de la citada cláusula. Es éste el momento en que, dada la imposición de la cláusula, se valora el comportamiento equitativo y leal del profesional que la introduce en el contrato, momento distinto del ulterior devenir procesal derivado precisamente de la aplicación de la cláusula cuya abusividad se postula.

4.8. Estado actual del procedimiento de ejecución hipotecaria en relación a la existencia de cláusulas abusivas

Debemos seguidamente realizar un examen de la influencia de las cuestiones anteriormente tratadas referidas al control del clausulado del crédito hipotecario en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria. Los problemas son conocidos y en los últimos meses se han visto notablemente incrementados a resultas de las últimas decisiones tanto del TJUE como del TS, que han motivado incluso la adopción de acuerdos de suspensión de la

tramitación de los procedimientos hasta la resolución por de las cuestiones prejudiciales pendientes ante el TJUE.

4.8.1. El control de oficio

Las SSTJUE de 14 de junio de 2012 y de 14 de marzo de 2013 constituyen el punto de inflexión en relación al control de oficio de la existencia de cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Como hemos indicado anteriormente el TJUE considera el control de oficio un instrumento imprescindible para la protección de los consumidores y usuarios, compatible con la regulación de las acciones colectivas o de otros medios preventivos de control del clausulado prerredactado y necesario incluso cuando el consumidor no ha accionado por él mismo la nulidad de las cláusulas abusivas, es decir, ante la pasividad del consumidor. Ya en la sentencia *Salvat Editores*⁴³² el TJUE apreciaba la protección dispensada por la Directiva 93/13/CE, basada en la situación de inferioridad de que parte el consumidor tanto en la negociación frente al profesional como en relación al nivel de información, podría verse dificultada si el particular tuviera que accionar él mismo contra las cláusulas abusivas, porque la escasa cuantía en ocasiones de estos procedimientos, y la posibilidad de los costes procesales, incluso más elevados que la cuantía de la reclamación, disuadirían al consumidor de la promoción de tales procesos. El control judicial de oficio se erigía en medio idóneo para la efectividad de la protección del consumidor, pero también para lograr el efecto de disuasión en el profesional del empleo de cláusulas abusivas que resulta de la declaración de su nulidad.

El control de oficio por el juzgador no puede verse impedido por la fijación de plazos, transcurridos los cuales, se impida el análisis del carácter abusivo de una cláusula⁴³³ y tiene su fundamento tanto en la importancia del

⁴³² STJUE de 27 de junio 2000 citada.

⁴³³ STJUE de 21 de noviembre de 2002, asunto C-573/00.

interés público en la protección de los consumidores que contempla la Directiva 93/13, como en la subsanación del desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional⁴³⁴.

La sentencia Pannon⁴³⁵ configura la facultad de apreciación de oficio por el juez de la existencia de cláusulas abusivas como una obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial, sin que quede vinculado el juzgador por la voluntad o pasividad del consumidor, salvo cuando informado de la abusividad de la cláusula, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula⁴³⁶. Doctrina que desarrollará la STJUE de 14 de junio de 2012, considerando que una normativa procesal que no permite el control de la abusividad por el juez del clausulado, al limitarle las facultades de examen del título a *limine litis* (como ocurría con la redacción vigente del juicio monitorio español), se opone a la Directiva⁴³⁷.

La amplitud del control de oficio se evidencia en la STJUE de 26 de enero de 2017⁴³⁸ donde el Tribunal afronta la relación del control de oficio a lo largo del procedimiento y el efecto de la cosa juzgada en el mismo. En el caso examinado el órgano judicial ya examinó la existencia de cláusulas

⁴³⁴ STJUE de 26 de octubre de 2006 citada.

⁴³⁵ STJUE de 4 de junio de 2009 citada.

⁴³⁶ Para FERNÁNDEZ SEIJÓ, J.M. (2014), “Tutela de oficio del juez en los procedimientos judiciales”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, pp. 181-196, “se trata de una obligación, no de una mera facultad. Además debe recordarse que se trata de una obligación que se traslada al juez, aunque el derecho interno no disponga de cauces procesales específicos para realizar esta tarea, dado que, si ha de exigirse una norma específica habilitante en el derecho interno, dicha interpretación iría en contra de los principios de equivalencia y de eficacia referidos por el Tribunal en multitud de sentencias”

⁴³⁷ Para ALMENAR BELENGUER, M. (2016), “El control de oficio de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución. Problemas sustantivos y procesales”, en *Ejecución civil: especial referencia a la ejecución hipotecaria*, Cuadernos Digitales de Formación nº 33, CGPJ, p. 14, el control judicial debe producirse cualquiera que sea el procedimiento judicial en que se reclame una obligación basada en cláusulas abusivas, y deberá incrementarse en proporción al aumento del desequilibrio entre las partes resultante de la merma de los derechos de defensa en el procedimiento: “si esta legitimación inquisitiva responde a la finalidad de subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, cabe pensar que deberá ser tanto más vigorosa cuanto mayor sea la situación de inferioridad, o, en términos procesales, cuanto menor sea la igualdad de armas entre las partes como consecuencia de la limitación de los medios de defensa a disposición del deudor, cual ocurre en la ejecución y, singularmente, la ejecución hipotecaria debido al juego de los arts. 695.1 y 698 LEC, que conjugan la enumeración taxativa de las causas de oposición con la remisión al proceso declarativo posterior de cualesquiera otras reclamaciones que pudieren corresponder al deudor”.

⁴³⁸ Asunto C-421/14.

abusivas al despachar la ejecución, y para el consumidor había precluido el plazo para la oposición extraordinaria a la misma en los términos de la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/13 de 14 de mayo. El órgano judicial preguntaba sobre la compatibilidad del artículo 207 de la LEC con la obligación de control de oficio de las cláusulas abusivas. Para el TJUE el artículo 207 de la LEC es compatible con la Directiva, por la trascendencia del principio de la cosa juzgada en el Derecho de la Unión y porque la protección del consumidor no es ilimitada, quedando sujeta al principio indicado de la cosa juzgada. Pero ello en relación a la resolución sobre la abusividad de una cláusula, que no en referencia a cláusulas *que no hubieran sido examinadas por el juzgador*:

“La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada.

Por el contrario, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas”.

La doctrina de la sentencia citada permite entender que el control judicial de oficio no se residencia únicamente en el despacho de la ejecución, en los términos del artículo 552 de la LEC, sino que se extiende a la totalidad

del procedimiento, con el único límite de que el juez ya haya valorado la cláusula en concreto, en cuyo caso se extiende a la misma el efecto de la cosa juzgada del artículo 207 de la LEC.

4.8.2. El principio de contradicción

Recogido en la STJUE de 21 de febrero de 2013⁴³⁹, como hemos explicado, como parte integrante del Derecho de la Unión, la necesidad de la audiencia de las partes para declarar, en el ejercicio del control de oficio, la abusividad de una cláusula en un contrato celebrado con consumidores, se ha introducido legalmente en la redacción del artículo 552 de la LEC, imponiendo audiencia previa a la resolución *a las partes* por plazo de quince días.

El artículo 552 de la LEC se ubica en el despacho de la ejecución, por tanto, antes de que el consumidor se encuentre personado en las actuaciones, y cuando todavía no se ha despachado la ejecución. En este contexto no parece que el artículo 552 de la LEC debiera contemplar como *parte*, a los efectos de la audiencia, al demandado consumidor. Los problemas derivados de la solución contraria, esto es, de considerar necesario el trámite de audiencia del consumidor antes de la admisión de la demanda y del despacho de la ejecución para declarar la nulidad de una cláusula abusiva, son notables:

- retrasos en el despacho de la ejecución ante la necesidad de localización y traslado efectivo al deudor consumidor;

- la audiencia debe realizarse mediante el traslado de la demanda, pues no de otra forma puede el deudor consumidor conocer el contenido del procedimiento en el seno del cual se está produciendo el control de oficio del clausulado del contrato. Con ello se aumentan notoriamente los plazos para la oposición a la ejecución, pero además pudieran verse comprometidas las medidas ejecutivas interesadas por el ejecutante en su demanda;

⁴³⁹ Ya antes indicado en la citada sentencia Pannon.

- no se aclara en la ley los requisitos de postulación y defensa del consumidor en este trámite de audiencia. Parece exigible que deba el deudor en todo caso comparecer en la forma en que proceda en el procedimiento de ejecución, que normalmente, por su cuantía, va exigir abogado y procurador;

- se plantean importantes dudas sobre la ampliación del debate contradictorio iniciado por el juez a raíz de la contestación por el consumidor: no es el momento de la oposición a la ejecución a instancias del consumidor, pero un principio elemental de economía procesal aconseja dilucidar la totalidad de las cuestiones que se planteen en este momento inicial que puedan ser objeto de resolución;

- aclarada por la STJUE de 26 de enero de 2017 la posibilidad del juez de examinar a instancias del consumidor en el trámite de oposición a la ejecución, otras cláusulas distintas a las ya examinadas en el momento del despacho de la ejecución, lo que sí compromete el principio de la cosa juzgada es un nuevo examen de la misma cláusula en el procedimiento de oposición a la ejecución;

- no se resuelve en la ley la forma que ha de adoptar la resolución que deniegue finalmente la existencia de cláusulas abusivas;

- sólo se contempla, finalmente, un recurso de apelación que se entenderá únicamente con el acreedor, para el caso de que se deniegue la ejecución, dado que, conforme al contenido del artículo 551 de la LEC, no podrá interponerse recurso alguno contra el auto que despache la ejecución, sin perjuicio de la oposición a la misma.

Para FERNÁNDEZ SEIJÓ, “incluso desde un punto de vista sistemático en la propia LEC, sería un paso atrás en la tutela de los consumidores considerar que en la ejecución debe darse necesariamente traslado al ejecutado/consumidor, dado que en los procedimientos declarativos el control de oficio de la competencia territorial del juez en contratos que afectan a los consumidores se realiza sin dar traslado previo al

demandado para saber si acepta la cláusula que aleja el fuero de su domicilio”⁴⁴⁰.

Parece, sin embargo, que la dicción literal del artículo dificulta notablemente otra interpretación que no sea la de dar audiencia en dicho trámite inicial al ejecutado consumidor. Propone BLÁZQUEZ MARTÍN⁴⁴¹ resolver las dudas que puedan plantearse respecto de la compatibilidad del control judicial de oficio y la audiencia del consumidor en esta fase preliminar de admisión y despacho de la ejecución, con base en los siguientes principios: 1.- si el consumidor alega, aunque sea de forma extemporánea y sin cumplir los requisitos de postulación u otros requisitos formales, la existencia de cláusulas abusivas que no han sido detectadas por el control de oficio, el juez puede, en ese momento, ejercer ese control si conforme a las reglas de la buena fe que deben regir el proceso la postura del consumidor añade algún elemento de hecho o de derecho que no fue tenido en cuenta en el momento natural de la aplicación del control de oficio; 2.- el principio de seguridad jurídica ha de ser cohonestado con el interés general inherente a la eliminación de las cláusulas abusivas; 3.- la apreciación de las circunstancias de hecho o de derecho necesarias para la aplicación del control de oficio no está sometida a una regla de preclusión temporal expresa.

De cualquier manera, no parece que la falta de observación del trámite de audiencia tenga necesariamente que avocar en la declaración de nulidad de actuaciones. Fundamentalmente porque el juez, como hemos dicho, no queda vinculado por la opinión del consumidor, salvo en la aplicación expresa de la cláusula valorada como abusiva, que siempre puede solicitar con posterioridad en el proceso; y porque queda a salvo en todo caso el trámite de oposición a la ejecución para introducir cualquier otra causa abusiva que el juez, en el examen preliminar no haya valorado.

⁴⁴⁰ *op. cit.* Recuérdese, como indica el Magistrado citado, que el tribunal no queda vinculado por la opinión del consumidor, salvo que se refiera de forma expresa a la aplicación de la cláusula tras informársele de su abusividad.

⁴⁴¹ BLÁZQUEZ MARTÍN, R. (2014), *Apuntes sobre el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas*, en *Contratos bancarios y productos financieros y la protección del consumidor*, Cuadernos Digitales de Formación nº 21, CGPJ, p. 20.

4.8.3. Los límites del control judicial de oficio

4.8.3.1. Límites objetivos

El artículo 552 de la LEC, con deficiente técnica legislativa, establece que cuando el juez aprecie la existencia de cláusulas abusivas, *acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3º*. El citado artículo 561.1.3, en sede de ejecución ordinaria dispone que *cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquellas consideradas abusivas*.

El artículo 695 de la LEC, ya para la ejecución hipotecaria, dispone asimismo los efectos derivados de la declaración de la abusividad de una cláusula en el seno de este procedimiento: *De estimarse la causa 4º, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva*.

A la luz de ambos preceptos, y teniendo en cuenta el ámbito del proceso de ejecución, las Audiencias Provinciales han interpretado que el control del clausulado que puede realizarse en el procedimiento de ejecución, y por ello en la ejecución hipotecaria, es exclusivamente el de aquellas cláusulas que constituyen el fundamento de la ejecución o que determinan la cantidad exigible, con el diferente efecto que para la continuación de la ejecución determinan los preceptos transcritos: en el primero de los casos la estimación de la abusividad de la cláusula conllevará la denegación del despacho de la ejecución, si se examina la cláusula en el momento inicial de admisión de la demanda, o el sobreseimiento de la misma, si se examina, bien de oficio o bien a instancias del consumidor en el incidente de oposición a la ejecución. En el

segundo caso, el juez debe inaplicar la cláusula, lo que conllevará el reajuste de la cantidad por la que se despacha o continúa la ejecución⁴⁴².

Un primer problema que plantea la delimitación legal lo representan aquellas cláusulas que no incidiendo directamente en la cantidad reclamada, de forma dudosa pueden, sin embargo, constituir el fundamento de la ejecución. Entre ellas destaca especialmente la cláusula sobre el valor de tasación del bien a efectos de subasta. Hasta la Ley 1/13 de 14 de mayo no existe límite al pacto sobre el valor de tasación que las partes fijan para el bien a efectos de subasta, y que ya hemos comentado con anterioridad. A partir de dicha ley, e incluso tras la reforma operada a través de la Ley 19/2015 de 13 de julio, se exige que dicho valor de tasación no sea inferior al 75% de la tasación realizada, *en su caso*, conforme a la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

La relevancia del valor de tasación en el desarrollo de la subasta de la finca hipotecada es esencial, y su conjugación con las facultades de adjudicación por el propio acreedor en los términos del artículo 671 de la LEC por una parte de dicho valor, cuando no existen postores en la subasta, subsistiendo en lo restante el crédito frente al deudor, de acuerdo con el contenido de la responsabilidad personal del artículo 1911 del Código Civil, puede conducirnos a situaciones claramente abusivas. No se trata aquí de recuperar la polémica sobre la dación en pago de la finca hipotecada, sino de introducir la cuestión de la repercusión del valor de tasación en la ejecución, cuando dicha cláusula reúne las condiciones para ser considerada como condición general⁴⁴³.

⁴⁴² Auto de la Sección 2 de la AP de Valencia de 28 de diciembre de 2016 (ROJ: AAP V 732/2016): “sólo en la medida en que la cláusula en cuestión denunciada por abusiva pueda tener relevancia para la ejecución, merece ser evaluada en la vía de apremio y no en un proceso declarativo”; o para la ejecución hipotecaria ver Auto de la Sección 2 de la AP de Girona de 22 de febrero de 2016, (ROJ: AAP GI 124/2016) en igual sentido.

⁴⁴³ Para la sentencia de la Sección 15 de la AP de Barcelona de 23 de noviembre de 2016, ROJ: SAP B 9286/2016, la cláusula puede ser considerada, de concurrir sus requisitos, como condición general de la contratación: “la cláusula abre la posibilidad de ejecutar la hipoteca mediante el procedimiento especial de ejecución, pero no es obligatoria ni necesaria para la válida constitución de la hipoteca. Las partes podrían someterse al procedimiento de ejecución ordinario, en cuyo caso sencillamente tendrían que proceder al avalúo de la finca antes de la subasta. Tampoco podemos compartir la segunda valoración que hace el juez de lo mercantil. A su juicio, no estamos ante una condición general que pueda ser controlada, en el sentido que hemos dicho, sino ante una práctica contractual abusiva, a la que se refiere

En el caso de que el valor de la finca sea muy superior al crédito o préstamo garantizado no es asumible creer que el consumidor acepta una reducción del valor de tasación fijado a efectos de subasta por cuantía inferior; ni imaginable que se haya representado al consentir un valor de tasación a efectos de subasta inferior al valor real de la finca, las consecuencias derivadas de la falta de postores y de la adjudicación de la finca por el acreedor por una parte del débito, continuándose posteriormente contra otros bienes del deudor conforme al contenido del artículo 579 de la LEC. Antes al contrario, la práctica de fijar como valor de tasación el importe máximo de la deuda induce claramente al consumidor a creer en la suficiencia de dicha finca para el pago completo del débito, sin necesidad de exponer o comprometer otros bienes de su propiedad⁴⁴⁴.

Las medidas legislativas promulgadas tras la STJUE de 14 de marzo de 2013 avalan la trascendencia de la cláusula sobre la fijación del valor de tasación y la constatación de los abusos en su fijación. Los límites del artículo 682 de la LEC así lo permiten concluir. Pero no sólo en dicha norma se pretende imponer una corrección a la actuación predisponente del profesional en este aspecto. El artículo 579 de la LEC para el caso de que el bien adjudicado sea la vivienda habitual del deudor permite una reducción de la cantidad que reste por abonar tras la adjudicación por el acreedor, no sólo por el pago del resto de la deuda en el plazo de los cinco o diez años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, sino cuando el acreedor

el art. 82 TRLDUC, y que consiste en fijar un precio de subasta sin tasar previamente la finca. No podemos compartir dicha afirmación, ya que la cláusula impugnada constituye una estipulación del contrato de constitución de la hipoteca, incluida concretamente en el apartado B) titulado "Estipulaciones no financieras", apartado 6º "Ejecución judicial, letra a)". En definitiva, las partes pactaron un valor a los solos efectos de que sirviera de tipo a la subasta, tal y como exige el citado art. 682 LEC, cosa diferente es, que dicha cláusula sea abusiva."

⁴⁴⁴ Para ESTEBAN-HANZA NAVARRO, E. (2014), *"El significado e importancia del valor de tasación en la ejecución hipotecaria"*, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 681-682, "la cláusula de fijación del valor de subasta en la escritura reúne todos los requisitos (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), para ser considerada dentro del ámbito de las condiciones generales de la contratación, conforme a la Ley 7/1998 de 13 de abril y a la Directiva 93/13. De igual manera, no puede considerarse tal cláusula como "objeto principal" del negocio, lo que suponiendo su previa negociación, dificultaría su consideración como cláusula general (de acuerdo con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13; véase la matización en este sentido que hace la reciente STS de 9 de mayo de 2013). Cumpliéndose, pues, todos los expresados presupuestos, podrá ser objeto de examen a efectos de determinar su carácter abusivo o no".

adjudicatario o el cesionario vinculado al mismo en el plazo de los 10 años siguientes a la aprobación del remate proceda a la enajenación de la vivienda, permitiéndose al ejecutado la reducción de la deuda en el 50% de la plusvalía obtenida por dicha venta.

La justificación de la norma, a nuestro juicio, no es sino el recelo del legislador ante la práctica abusiva de fijar un valor de tasación que no se corresponda con el valor real de la finca, intentando evitar el enriquecimiento injusto del acreedor, no en cuanto a la adjudicación, sino en relación a la continuación de la ejecución ordinaria⁴⁴⁵.

Las dificultades de control del contenido sobre la citada cláusula, sin perjuicio del sentido que se le dé a su ubicación en el artículo 682 de la LEC⁴⁴⁶ residen en que la misma no determina la cantidad reclamada en la ejecución y difícilmente puede ser considerada como fundamento de la ejecución⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ Ya resaltábamos anteriormente la relevancia de la interpretación de la doctrina del enriquecimiento injusto en estos casos de adjudicación de la finca por el acreedor cuando no existen postores en la subasta por una parte del valor de tasación, que a nuestro juicio contenía la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015 (RJ: 2015, 267). El Alto Tribunal analiza la actual regulación del artículo 579 de la LEC para introducir una importante matización en la doctrina contraria al enriquecimiento injusto que sostenía hasta dicho pronunciamiento, pudiendo existir enriquecimiento injusto “cuando tras la adjudicación, y en un lapso de tiempo relativamente próximo, el acreedor hubiera obtenido una plusvalía muy relevante, pues este hecho mostraría que el crédito debía haberse tenido por satisfecho en una proporción mayor, y al no serlo, el acreedor obtiene un enriquecimiento con la plusvalía, o por lo menos con una parte de la misma. En este caso, que no es el que nos corresponde juzgar, el enriquecimiento injusto se fundaría en su configuración como principio general de Derecho y en su proyección técnica respecto del necesario control causal de las atribuciones y desplazamientos patrimoniales en el curso de las relaciones jurídicas. Estas matizaciones están en la línea de la reciente jurisprudencia (contenida, entre otras, en la Sentencia 8 de septiembre de 2014), que pretende reforzar la justicia contractual que deriva de los principios de la buena fe y de conmutabilidad del comercio jurídico, para superar una concepción meramente formalista y rigorista de los esquemas de aplicación del derecho de crédito y la responsabilidad patrimonial derivada”, NICASIO JARAMILLO, I. *op. cit.* pp. 91-93..

⁴⁴⁶ Nosotros sostenemos que se trata de un requisito de procedibilidad de la ejecución, y que por ello es de aplicación a la totalidad de las ejecuciones hipotecarias que se promuevan tras la entrada en vigor de la Ley 1/13 de 14 de mayo, sin necesidad de acudir a planteamientos sobre la retroactividad de la norma.

⁴⁴⁷ En sentido contrario el auto de la Sección 5 de la AP de Palma de Mallorca de 21 de marzo de 2014 (ROJ: AAP IB 15/2014) para el cual “esta cláusula no determina la cantidad exigible, y la controversia puede producirse sobre si se estima que afecta al fundamento de la oposición. La fijación de un valor de tasación del inmueble en la escritura, de conformidad con los artículos 682 LEC y 129 LH es un requisito imprescindible para que el acreedor pueda optar para reclamar su deuda por el procedimiento de ejecución hipotecaria. Por este motivo consideramos que afecta “al fundamento de la oposición”, y más atendiendo la finalidad de dicha normativa de *“garantizar que la ejecución hipotecaria se realiza de manera que los derechos e intereses del deudor hipotecario sean protegidos de manera adecuada en su conjunto, y en su conjunto, se agilice y flexibilice el procedimiento de ejecución”*, tal como se expone en la declaración de motivos de dicha Ley, así como el ampliar los motivos de oposición, y no diferirlos a un procedimiento declarativo ulterior”

En ocasiones, la pretensión por parte de los ejecutados de introducir el debate sobre la existencia de cláusulas abusivas que no han determinado de forma evidente la cantidad exigible ni constituyen el fundamento de la ejecución, envuelve un velado intento de excepcionar la compensación. Es el caso de la reclamación de la abusividad de los cuestionados gastos de constitución de la hipoteca, que abonados al momento del otorgamiento de la misma, difícilmente tienen relación con la cantidad que determina el despacho de la ejecución, pero que pudieran suponer un saldo en la cuenta del deudor, de estimarse su abusividad, que podría enervar el impago de las cuotas insatisfechas.

El tema se agudiza a raíz de la situación planteada por la doctrina del TJUE sobre la retroactividad total de la cláusula suelo, sentencia de 21 de diciembre de 2016. Bajo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo a partir de su sentencia de 9 de mayo de 2013, la falta de efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo sino desde la publicación de aquella sentencia, propició que gran parte de las resoluciones judiciales acogieran la tesis de que la citada cláusula no determinaba el fundamento de la ejecución, sino la cuantía de la misma, por cuanto carecía de efectos retroactivos. Por lo que, declarada su nulidad, procedía requerir al acreedor hipotecario al recálculo de la cantidad adeudada sin aplicación del suelo declarado nulo, es decir, aplicando únicamente el interés variable pactado⁴⁴⁸. Así lo sostiene la Sección 6 de la AP de Sevilla:

“la nulidad de la cláusula no ha de conllevar el sobreseimiento de la ejecución, como solicitaba la parte ejecutada pues la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo de 2013 , en la que cita de otra anterior de 12 de marzo de 2012, resuelve que el efecto de

⁴⁴⁸ El argumento cuenta, a nuestro juicio, con dos obstáculos fundamentales: de un lado, la situación de impago puede haberse debido al elevado importe de la cuota fijada a través de una cláusula declarada nula, sin que el procedimiento permita la oposición por pago parcial; en segundo lugar, tratándose de un interés variable, se requiere de la previa liquidación del saldo a través del documento fehaciente de liquidación, saldo notificado con carácter previo a la interposición de la demanda al deudor y, en su caso al fiador. Se trata de requisitos de liquidación de la deuda, en atención a los artículos 572 y 573 de la LEC, sin cuya liquidez la demanda no es admisible, de acuerdo con el contenido del artículo 571 de la LEC.

la nulidad contractual relativo a la restitución de prestaciones está prevista con carácter general para las nulidades contractuales en el art. 1303 del Código Civil , pero que tal efecto no es de aplicación automática, sino que permite su moderación si concurren una serie de circunstancias.

Siguiendo el criterio de irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula no es necesario hacer un recálculo completo del préstamo sin su aplicación para determinar lo que adeudarían los ejecutados de no haberse aplicado a lo largo de la vida de la relación contractual la cláusula suelo, lo que si podría justificar un cambio sustancial de la cantidad exigible que hiciera inefectiva la liquidación fehaciente y la notificación de dicha cantidad que se requieren ineludiblemente para el despacho de ejecución.

El art. 695.4 de la LEC prevé la posibilidad de oponer en la ejecución hipotecaria la existencia de cláusulas nulas que fundamenten la ejecución o determinen la cantidad exigible, dicho precepto solo determina el sobreseimiento si se declara nula una cláusula que fundamente la ejecución, como sería por ejemplo una estipulación de vencimiento anticipado, pero no prevé tal efecto cuando la cláusula nula, como en este caso, en lo que influye es en la determinación de la cantidad exigible.

Por todo ello la declaración de nulidad ha de provocar un efecto similar al de la pluspetición, es decir, que se reduzca el despacho de ejecución, en cuanto a la cantidad reclamada por intereses remuneratorios, a la que resulte de un nuevo recálculo de los mismos sin aplicación del suelo”.

La retroacción completa de los efectos de la cláusula suelo que ha impuesto la STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha conllevado un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En la reciente sentencia del Pleno

de 24 de febrero de 2017⁴⁴⁹, en su fundamento de derecho quinto, denominado adaptación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a los pronunciamientos del TJUE en materia de devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo, el Alto Tribunal razona que

“procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, toda vez que la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha considerado que:

a) La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013 , se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

b) Dicha jurisprudencia nacional sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE”.

Si bien la sentencia que analizamos se dicta en el contexto de una reclamación de las cantidades indebidamente cobradas por la entidad bancaria en aplicación de la cláusula suelo declarada nula, de la jurisprudencia del TJUE se extrae que la protección exigida por la

⁴⁴⁹ ECLI: ES: TS:2017:477.

Directiva 93/13/CE exige la completa carencia de efectos de la cláusula nula a lo largo del desenvolvimiento del contrato afectado por la misma. No se trata, por tanto, de que la cláusula declarada nula afecte a la cantidad exigible, sino que el cálculo de las cuotas de amortización del préstamo o crédito se ha venido realizando en base a una cláusula nula, y que por ello la deuda es ilíquida.

La Sección 4 de la AP de Las Palmas en auto de fecha 25 de enero de 2017⁴⁵⁰ considera que la consecuencia en el procedimiento hipotecario de la declaración de nulidad de la cláusula suelo es el archivo y sobreseimiento de la ejecución por dos causas:

“1.- porque “en todos los casos” la obligación de retrotraerse en la vida del préstamo hipotecario y determinar nuevamente el importe de la deuda, aplicando sobre el principal el interés remuneratorio correcto, y con compensación de las cantidades indebidamente cobradas en exceso durante la vida del préstamo por efecto de la cláusula suelo, conlleva que en la fecha de presentación de la demanda de ejecución hipotecaria “la deuda no era líquida”.

2.- porque, “en muchos casos” la obligación de retrotraerse en la vida del préstamo hipotecario y determinar nuevamente el importe de la deuda, aplicando sobre el principal e interés remuneratorio correcto, y con compensación de las cantidades indebidamente cobradas en exceso durante la vida del préstamo por efecto de la cláusula suelo, conllevará que en la fecha de presentación de la demanda de ejecución hipotecaria “la deuda no era exigible”, pudiendo incluso suceder que el ahora ejecutado en realidad era el acreedor y el banco o entidad financiera aquí ejecutante era el deudor, al ser mayor la suma debida por el banco al cliente por la indebida aplicación de la cláusula suelo que la suma debida por el cliente al banco por el impago de unas pocas cuotas”.

⁴⁵⁰ ROJ: AAP GC 1/2017.

4.8.3.2. Límites subjetivos

El control de la abusividad de una cláusula tendrá como presupuesto que la misma haya sido objeto de imposición y que el ejecutado tenga el carácter de consumidor. Ahora bien, y sin obviar las dificultades que en algunos casos pudiera derivarse respecto de la condición de consumidor del ejecutado, se plantean no pocos problemas en relación al fiador o avalista en el procedimiento de ejecución hipotecaria⁴⁵¹. Al margen de las dificultades de considerar al mismo parte desde el inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, debemos ahora valorar la posibilidad de extender al mismo la protección dispensada al consumidor ejecutado una vez que, de forma voluntaria, alegando el interés directo derivado de su condición, o por estimar extensible al mismo el concepto de deudor, se persona en el procedimiento.

La extensión de las garantías exigidas por las entidades bancarias a los prestatarios ha conllevado la intervención en ocasiones de terceras personas, normalmente padres o parientes de los prestatarios, avalando o afianzando de forma solidaria la operación garantizada con la hipoteca. Se trata de fianzas solidarias y personales, que excluyen de antemano el derecho de excusión del deudor⁴⁵². Sin perjuicio de que el fiador personado pudiera alegar

⁴⁵¹ Nos estamos refiriendo al fiador personal y no al hipotecante no deudor, porque respecto de este último, recordemos que el procedimiento debe dirigirse necesariamente contra él, en razón del carácter real de la garantía prestada, aun cuando no haya asumido la deuda. Distingue INFANTE RUIZ al fiador personal del fiador real o hipotecante no deudor, resaltando que el fiador real no asume la deuda, el hipotecante no deudor no es un obligado, sino una persona extraña a la relación crediticia cuya responsabilidad se concreta exclusivamente en su bien: “Desde el punto de vista de la causa, la diferencia entre fianza y las garantías reales (prenda e hipoteca) sólo puede buscarse en el diferente modo en que la función de garantía se manifiesta en uno y otro caso. En la fianza la función de garantía se realiza a través de la accesión de un nuevo obligado (función específica de garantía), lo cual justifica y legitima toda una serie de normas de su regulación. En cambio, en las garantías reales (tanto la prestada por el propio deudor como por un tercero) la función de garantía se concreta de manera bien diferente a la fianza. Se realiza a través de la creación de un derecho real que sujeta un bien o determinados bienes al cumplimiento de una obligación, lo cual justifica y legitima igualmente toda una serie de normas de la regulación”, *op. cit.*, pp. 179-180.

⁴⁵² A nuestro juicio, sin embargo, la actual redacción del artículo 579 de la LEC impide que se pueda proceder simultáneamente en el procedimiento de ejecución hipotecaria contra el deudor prestatario y el fiador o avalista personal, debiendo estarse a la insuficiencia de la adjudicación del bien hipotecado para proceder, contra los demás deudores y en orden a su responsabilidad personal. Y ello aun cuando la fianza se haya pactado con el carácter de solidaria, y por ello, con renuncia al derecho de excusión, sin que esta interpretación suponga desconocer la naturaleza solidaria de la fianza pactada, porque no deriva de una conceptualización del vínculo solidario sino de una preferencia procesal en el apremio sobre los bienes, motivada por la promoción por el acreedor del procedimiento de ejecución hipotecaria. Si el

la nulidad de las cláusulas referidas al contrato principal garantizado, es polémico que pueda excepcionar el carácter abusivo de la solidaridad con que se pacta la fianza. Tratándose de un contrato autónomo, aunque accesorio, el pacto de solidaridad se constituye en elemento definitorio del propio contrato, por lo que no sería posible el control del contenido sobre el mismo, al margen del control de inclusión y de transparencia, aplicando la doctrina ya expuesta del Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013⁴⁵³.

La condición de consumidor del fiador que afianza o avala a quien no ostenta la condición de consumidor tradicionalmente se ha resuelto en nuestra jurisprudencia mediante la atribución al contrato de fianza del mismo carácter que el contrato principal:

“los avalistas o fiadores no intervienen tampoco como consumidores, sino como garantes de una obligación mercantil y, por tanto, como

acreedor, en cambio, reclama la deuda a través de un procedimiento de ejecución ordinaria o en un proceso declarativo, nada impide el funcionamiento de la fianza solidaria.

Se plantea la doctrina la subsistencia del principio de subsidiariedad en la fianza solidaria. Para INFANTE RUIZ el principio de subsidiariedad significa diferencia de grados en el cumplimiento de la obligación, de forma que el fiador, incluso el solidario, sólo es responsable en caso de impago o incumplimiento del primer obligado, el deudor, incumplimiento que es el presupuesto de la obligación asumida por el fiador: “El principio de subsidiariedad en la fianza solidaria se compatibiliza con que el deudor pueda demandar en juicio indistintamente tanto al deudor principal como al fiador, pero para proceder contra el fiador debe haberse producido el supuesto de hecho material de la fianza, el incumplimiento del deudor principal. Entendido así el principio de subsidiariedad, puede concluirse que la fianza solidaria o sin beneficio de excusión igualmente absorbe tal carácter. Es principio presente en la arquitectura de toda fianza”, *op. cit.* p. 185.

⁴⁵³ Así lo sostiene la Sección 3 de la AP de Castellón en auto de 27 de junio de 2016 (ROJ: AAP CS 146/2016): “Entendemos que pasa todos los filtros de transparencia porque el término “fianza solidaria” no puede considerarse de difícil entendimiento (que es en el efecto en que se concreta el desarrollo normativo posterior), se destaca, se inserta en una breve condición contractual destinada exclusivamente a fijar esta garantía personal y es precisamente su prestación la razón de ser de la intervención de la oponente en el otorgamiento de la escritura de préstamo, lo que ya de por sí desmonta por completo la construcción de la posición de la parte recurrente. Es más, realmente lo que se pretende es dejar sin efecto el contrato de fianza, porque la cláusula discutida no hace más que establecerlo fijando sus elementos esenciales sin necesidad de mayores especificaciones por el significado propio y común de los términos empleados, lo que abunda aún más si cabe en el sentido previamente expuesto. De ahí que no quepa hablar de las condiciones que pueden determinar el carácter abusivo de una condición contractual ni de que nos movemos al margen de elementos esenciales de un contrato, porque es la propia existencia de la relación negocial la afectada, como si de un vicio del consentimiento se tratara, aspecto éste en el que propiamente encuentran acomodo las alegaciones relevantes que integran el recurso y que vislumbran aún más si cabe la pertinencia del pronunciamiento combatido al quedar al margen el supuesto de ineficacia contractual que aquel pudiere determinar del ámbito de la posible oposición admisible legalmente en el ámbito de esta ejecución especial.” Igual conclusión mantiene la Sección 11 de la AP de Madrid en su sentencia de 30 de septiembre de 2016 (ROJ: SAP M 12968/2016) o la Sección 3 de la AP de Vizcaya en sentencia de 19 de octubre de 2016 (SAP BI 1894/2016), sosteniéndose en ambas resoluciones que “al tratarse de la obligación principal del contrato de fianza, de conformidad con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, no es posible realizar el control de abusividad si la cláusula que contiene la obligación principal supera el llamado control de transparencia real”.

partes de un contrato de fianza mercantil (art. 431 del C. de C.). Ello implica, en el caso de hipotéticamente conferir otra interpretación, que el resultado sería dispar para el prestatario comerciante y para el fiador, y ello es racionalmente incompatible con el afianzamiento frente al acreedor de todas las obligaciones que del préstamo derivan con cargo al prestatario (art. 1822 del C.C.).

Llegados a este punto, hemos de concluir que los fiadores solidarios de una obligación mercantil, no pueden ser calificados de consumidores respecto de dicha obligación, ni pretender por esta vía dejar sin efecto las obligaciones contractualmente asumidas, de modo que la admisión de la pretendida abusividad comportaría, de hecho, dejar sin efecto alguno la garantía solidaria contraída⁴⁵⁴.

Este criterio, sin embargo, se aparta del sostenido por el TJUE en el auto de 19 de noviembre de 2015, asunto C-74/2015, en el que el Tribunal resolvió sobre la posible condición de consumidor del fiador o garante de persona jurídica que no revestía tal condición. Para el Tribunal europeo la condición de consumidor dependerá de la finalidad de la contratación del fiador al afianzar el contrato suscrito por la persona jurídica, porque aun cuando se trate de un contrato accesorio, es un contrato independiente a los efectos de la calificación como consumidor del fiador

“En cuanto a si puede considerarse «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, una persona física que se compromete a garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a una entidad bancaria en el marco de un contrato de crédito, procede señalar que si bien tal contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato principal del que emana la deuda que garantiza [véase, en el contexto de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera

⁴⁵⁴ Auto Sección 9 de la AP de Valencia de 19 de diciembre de 2016 (ROJ: AAP V 818/2016).

de los establecimientos comerciales (DO L 372, p. 31), la sentencia Dietzinger, C-45/96, EU:C:1998:111, apartado 18], se presenta como un contrato distinto desde el punto de vista de las partes contratantes, ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. Por tanto, la calidad en la que las mismas actuaron debe apreciarse con respecto a las partes en el contrato de garantía o de fianza.

A este respecto, procede recordar que el concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo (véase la sentencia Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartado 21). Debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión.

Corresponde al juez nacional que conozca de un litigio relativo a un contrato que pueda entrar dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva verificar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y el conjunto de las pruebas, si el contratante de que se trata puede calificarse de «consumidor» en el sentido de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartados 22 y 23).

De este modo, en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado”.

La doctrina expuesta abre la puerta a una defensa autónoma y con efectos limitados al propio fiador y avalista, en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, de la existencia de cláusulas abusivas en el contrato principal garantizado.

4.8.3.3. Límites procesales: la cláusula de vencimiento anticipado

Ya hemos expuesto anteriormente las vicisitudes que la cláusula de vencimiento anticipado por incumplimientos limitados del deudor en contratos de larga duración ha tenido en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, hasta el planteamiento finalmente de la cuestión prejudicial ante el TJUE por auto de 8 de febrero de 2016⁴⁵⁵.

La situación que el planteamiento de la cuestión prejudicial en relación a su propia doctrina por el Tribunal Supremo ocasiona es similar a la producida cuando se cuestionó la limitación de la retroactividad en la declaración de nulidad de la cláusula suelo: los juzgados y tribunales se plantean la suspensión de los procedimientos en curso hasta la resolución de la cuestión prejudicial. Ello ha dado lugar a que diversas Audiencias

⁴⁵⁵ Diversas resoluciones de las Audiencias Provinciales han contestado el pronunciamiento del Tribunal Supremo contenido en su sentencia de 23 de diciembre de 2015. En algunos casos, haciendo referencia a que el pronunciamiento es meramente *obiter dicta*, sin fuerza de vinculación jurisprudencial. En este sentido puedo verse el auto de la Sección 9 de la AP de Valencia de 28 de diciembre de 2016 (ROJ: AAP V 843/2016): “Dicha resolución -y esto es lo esencial- declara la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipada sometida a su consideración, y por tanto inaplicable. Las apreciaciones incluidas en la fundamentación jurídica (motivo quinto, apartados 4, 5, 6 y 7) sobre la aplicación integradora del art. 693.2 de la LEC no dejan de ser meras reflexiones dirigidas a las entidades bancarias respecto a las alternativas para la canalización de sus reclamaciones frente a un eventual incumplimiento del deudor, y constituyen, por ello, un mero “*obiter dicta*”, sin fuerza vinculante”; o descartando en todo caso los pretendidos beneficios derivados de la ejecución hipotecaria, que no puedan ser objeto de consecución en la ejecución de un procedimiento declarativo, auto de la Sección 11 AP de Valencia de 23 de diciembre de 2016 (ROJ: AAP V 679/2016), con el impecable, a nuestro juicio, argumento de que “justificar la aplicación integradora del artículo 693-2 LEC en base a que, declarada la abusividad del vencimiento anticipado, cabe dicha integración porque es más beneficiosa para el consumidor, aparte de una hipótesis que podría ser contradicha en cada caso, se nos antoja una entelequia, pues la realidad demuestra que las entidades de crédito para ejecutar una hipoteca desde tiempo inveterado han acudido por su propio beneficio, y consiguiente perjuicio para el deudor, al proceso especial de ejecución hipotecaria y no al declarativo. Pero es que, además, el obtener una declaración de resolución contractual de un préstamo hipotecario por incumplimiento del deudor (artículo 1124 CC) o por pérdida del plazo (artículo 1129 CC) en vía declarativa ordinaria, nada obsta a que la ejecución pueda llevarse a cabo con las ventajas de la ejecución hipotecaria. Ciertamente es que esta posibilidad puede resultar más gravosa para la entidad de crédito, y, por tanto, más beneficiosa temporalmente para el consumidor, pero justo y proporcionado es que quién ha propiciado unilateralmente la abusividad de una cláusula contractual sea quién sufra las consecuencias procesales negativas de su nulidad e inaplicabilidad; lo cual en absoluto conculca su derecho a la tutela judicial efectiva, sino que simplemente la reconduce a la que se considera vía procesal oportuna”.

Sin embargo, otras muchas han seguido las indicaciones del Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 2015, sosteniendo la continuación del procedimiento pese a la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, so pretexto de la mayor protección del consumidor, por ejemplo la Sección 9 de la AP de Madrid, en resolución de 22 de diciembre de 2016 (ROJ: AAP M 1588/2016) aceptando sin reservas la interpretación del Alto Tribunal.

Provinciales acuerden adoptar la suspensión de *todos* los procedimientos de ejecución (no sólo hipotecaria) hasta la resolución de la cuestión prejudicial, como en su día resolvió el mismo Tribunal Supremo respecto de la cuestión prejudicial sobre la cláusula suelo⁴⁵⁶. La Audiencia Provincial de Castellón, en reunión no jurisdiccional, ha acordado la suspensión de todos los procedimientos, tanto declarativos como de ejecución, donde se esté discutiendo la consabida cláusula suelo, hasta la resolución por el TJUE de la cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo⁴⁵⁷. Otras Audiencias parece que adoptan decisiones similares, como la Audiencia Provincial de Madrid, la de Barcelona⁴⁵⁸, la de Alicante, la de Sevilla o la de Murcia, lo que

⁴⁵⁶ El Tribunal Supremo, en su auto de 12 de abril de 2016 ECLI:ES:TS:2016:2927A, con invocación expresa del artículo 43 de la LEC, acordaba la suspensión de los procedimientos pendientes de resolver sobre el efecto retroactivo de la cláusula suelo declarada abusiva, con base en los siguientes argumentos:

1º) El juicio de relevancia exigido por el art. 267 del Tratado sobre Funcionamiento de la Unión Europea ha de ser positivo: la norma respecto de la que se ha planteado la cuestión prejudicial C-154/15 es de aplicación para resolver el recurso.

2º) Respecto de las dudas sobre la interpretación de la norma, objetivamente han sido suscitadas dichas dudas ante el TJUE por el Juzgado que ha planteado la cuestión prejudicial, y por otros que igualmente han planteado cuestiones similares, y la persistencia de las mismas se desprende del contenido de las alegaciones de algunos de los intervinientes en el proceso seguido ante dicho tribunal.

3º) Contra la sentencia que debe dictar esta Sala no cabe interponer recurso alguno en vía judicial.

4º) Aunque la concurrencia de los anteriores requisitos determinaría de ordinario la procedencia del planteamiento de una cuestión prejudicial conforme al art. 267 TFUE, al estar planteadas varias cuestiones prejudiciales sobre dicha materia, algunas en avanzado estado de tramitación, carece de sentido el planteamiento de la cuestión por este tribunal, pues nada añadiría a la resolución de la cuestión por el TJUE y supondría una mayor dilación en la resolución de este recurso.

5º) Dada la cercanía de la fecha señalada para la vista ante dicho tribunal y, consiguientemente, de la sentencia que haya de dictarse, la suspensión del proceso no se prevé extensa, por lo que no se causa un perjuicio relevante a las partes.

⁴⁵⁷ Nota de prensa publicada a través del CGPJ con fecha de 22 de febrero de 2017.

⁴⁵⁸ El acuerdo de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de febrero de 2017 argumenta del siguiente modo: “dado que la cuestión suscitada en los recursos de apelación interpuestos ante esta Audiencia Provincial en procesos de ejecución hipotecaria queda afectada por el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea formulada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en auto de 08/02/17 (recurso número 1752/14) relativa a la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y, en su caso, consecuencias de tal declaración en el proceso de ejecución hipotecaria, procede la suspensión de los recursos de apelación a que venimos haciendo referencia en atención a una interpretación conjunta del artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que determina la suspensión del procedimiento en el que la cuestión prejudicial ha sido planteada, y en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al resultar positivo el juicio de relevancia; unido todo ello a que carece de sentido el planteamiento de la cuestión por este tribunal cuando la misma ya ha sido suscitada por el Tribunal Supremo”.

Es difícil de compartir la tesis asumidas por las Audiencias Provinciales citadas de suspender la tramitación de todas las apelaciones de procedimientos de ejecución hipotecaria donde se esté dilucidando la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, sin discriminar cada uno de los supuestos concretos que se someten a su decisión, por cuanto lo que se dilucida por la cuestión prejudicial no es la abusividad o no de la cláusula de vencimiento anticipado, sino los efectos predicados de dicha abusividad declarada en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Por tanto sólo en caso de ser poder tener acogida la pretensión de nulidad puede estimarse la concurrencia del juicio de relevancia. En segundo lugar, porque lo que se plantea es una duda de compatibilidad no de una norma legal con la Directiva 93/13/CE, sino de la compatibilidad de la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la STS de 23 de diciembre de 2015, pronunciamientos en todo caso *obiter dicta*, con la Directiva. Las propias dudas que expresa el Tribunal Supremo al formular la cuestión prejudicial debieron, en su caso,

sin duda tendrá repercusión inmediata en los Juzgados de Primera Instancia que tramitan las múltiples ejecuciones hipotecarias pendientes.

Exponemos una situación final de desconcierto y paralización importante en los procedimientos de ejecución hipotecaria, que no parece en breve que vaya a solventarse definitivamente. La tensión expuesta entre la insuficiente regulación legal, la rígida jurisprudencia del Tribunal Supremo y la expansión de la doctrina del TJUE a través de la cuestión prejudicial no ha sido atajada con acierto por las sucesivas reformas legislativas referidas a la ejecución hipotecaria. Y avoca a una grave crisis de la propia garantía hipotecaria al limitar y cohibir su rasgo esencial de derecho real de garantía. Pero no han fallado únicamente la respuesta judicial al problema de las cláusulas abusivas, o los instrumentos legales ni las propuestas de reforma ante una situación ya desbordada. Hasta la situación expuesta es evidente que han fracasado los controles previos de legalidad del título ejecutivo hipotecario, al que dedicaremos el siguiente capítulo de esta exposición.

dar lugar al replanteamiento de su propia doctrina en una interpretación conforme con el derecho comunitario. Pero lo más significativo de la cuestión prejudicial es que se formula en el seno de un proceso declarativo promovido por un consumidor en pretensión de declaración, acogida en ambas instancias, de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una sola de las cuotas frente a la entidad bancaria. El contenido de la segunda de las cuestiones prejudiciales formuladas hace referencia al eventual procedimiento de ejecución hipotecaria que ante un posible impago del consumidor pudiera promoverse, lo que difícilmente justifica el juicio de relevancia, dado que, pudiendo subsistir el contrato sin la cláusula indicada, el contenido del fallo debe limitarse a la expulsión de la misma del contrato, teniendo, como ya hemos dicho, mecanismos la Ley que permiten la ejecución hipotecaria sin el vencimiento anticipado, para hacerse pago el acreedor de las concretas cuotas impagadas por el deudor.

Capítulo 5

DE LOS CONTROLES PREVENTIVOS “DIFUSOS” (NOTARIAL Y REGISTRAL) A UN CONTROL REMEDIO JUDICIAL

5.1. El control notarial de la legalidad del título

La obligatoriedad de la inscripción registral de la hipoteca para los efectos de la misma que hemos estudiado, obliga a su documentación a través de la escritura pública. El Registro de la Propiedad exige la documentación pública de los actos dispositivos que tienen acceso al mismo, con carácter general, por lo que el contrato de crédito con su garantía real inmobiliaria debe ser documentado en escritura pública para conseguir la inscripción registral de la hipoteca y el nacimiento de los efectos derivados de la misma⁴⁵⁹. De ello deriva la necesidad de estudio de la intervención notarial en la autorización de la escritura de constitución de la hipoteca cuando uno de los contratantes tiene la condición de consumidor. Pero no únicamente de ello, pues recordemos que para el artículo 517 de la LEC es la escritura pública uno de los títulos ejecutivos que da lugar al despacho de la ejecución⁴⁶⁰, por lo

⁴⁵⁹ Conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria son inscribibles en el Registro de la Propiedad:

Primero. Los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

Segundo. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.

Tercero. Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a algunos bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado.

Cuarto. Las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes.

Quinto. Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos.

Sexto. Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado, o a las corporaciones civiles o eclesiásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos.

El artículo 3 de la Ley, por su parte, exige para la inscripción de dichos títulos su consignación en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos.

⁴⁶⁰ Art. 517.1.4 LEC, entre los títulos que tienen aparejado la ejecución: Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes. Ha de tenerse en cuenta la reforma que La ley 36/06 de 29 de noviembre de medidas para la prevención del fraude fiscal introdujo en el artículo 17 de la Ley del Notariado, reforma posteriormente

que desde el punto de vista de la naturaleza ejecutiva del documento autorizado por el notario, al margen de la misma constitución de la garantía hipotecaria, deviene esencial el estudio de los límites y efectos de dicha intervención notarial.

5.1.1. La caracterización del notariado español

El sistema notarial español se integra en el llamado sistema notarial latino, que se caracteriza porque el notario es un oficial público que actúa por delegación de la Soberanía del Estado en el ejercicio de la función pública⁴⁶¹.

Para la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994⁴⁶² la actividad del notario, con independencia de las distintas formas de organización en los Estados de la Unión, se caracteriza por una delegación parcial de la soberanía del Estado, que garantiza, el servicio público de la elaboración de contratos, y la legalidad y autenticidad y fuerza ejecutoria y probatoria de estos, así como el asesoramiento previo imparcial prestado a las partes interesadas, con miras a descongestionar a los tribunales⁴⁶³.

desarrollada por el Real Decreto 45/07 de 19 de enero de modificación del Reglamento Notarial. De acuerdo con el actual tenor del artículo 17 de la Ley del Notariado “a los efectos del artículo 517.2.4 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, se considera título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter. Expedida dicha copia, el notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e interesado que la solicita”; el artículo 233 del Reglamento Notarial por su parte establece “en todo caso, en la copia de toda escritura que contenga obligación exigible en juicio, deberá hacerse constar si se expide o no con eficacia ejecutiva, y, en todo caso y de tener ese carácter, que con anterioridad no se ha expedido copia con eficacia ejecutiva». Añadiendo su párrafo segundo: «Expedida primera copia con eficacia ejecutiva sólo podrá obtener nueva copia con tal eficacia el mismo interesado con sujeción a lo dispuesto en el art. 517.2.4 Ley de Enjuiciamiento Civil» es decir con los requisitos previstos en los artículos 18 de la Ley del Notariado y 234 del Reglamento Notarial, mandamiento judicial con citación de la persona a la que deba perjudicar, o con conformidad de todas las partes.” Tras la promulgación de la Ley y la modificación del Reglamento se plantea la existencia de una doble regulación del título ejecutivo por razones temporales, descartándose jurisprudencialmente la idea de una derogación implícita del artículo 217.1.4 LEC.

⁴⁶¹ GARCÍA MAS, F.J. (2014), “Algunas reflexiones sobre la protección del deudor hipotecario: especial consideración de la intervención notarial”, en *Hacia un modelo de mercado hipotecario*, Edt. Dykinson, p. 78.

⁴⁶² DOCE 14 de febrero de 1994.

⁴⁶³ Sin perjuicio de la distinta organización en cada Estado de la Unión, la Resolución resalta las notas definitorias en todos ellos de la función notarial: delegación parcial de la soberanía del Estado para asegurar el servicio público de la autenticidad de los contratos y de las pruebas; actividad independiente que se ejerce en el marco de un cargo público, bajo la forma de una profesión liberal (con la excepción de Portugal y de uno de los Estados Federados alemanes, existiendo un sistema particular del Reino Unido), pero sometida al control del Estado —o del órgano estatutario designado para esto por la

Se suele caracterizar su función por los siguientes rasgos:

- 1.- Libertad de elección por los clientes.
- 2.- Retribución conforme a aranceles.
- 3.- Ejercicio de una actividad de asesoramiento y de control de la legalidad.
- 4.- Atribución de eficacia probatoria y ejecutiva al documento público.
- 5.- Ejercicio de la fe pública.
- 6.- Independencia en el ejercicio de su función.
- 7.- Aspecto corporativo a través de la Colegiación.

Esta caracterización denota, como ha puesto de relieve la doctrina y ha recogido de forma expresa la jurisprudencia, que el notario actúa a su vez como funcionario público, en relación a la autorización de los documentos públicos, y el ejercicio de la fe pública, y de otro lado, como profesional independiente del derecho, en una actividad de asesoramiento fundamentalmente, regida por principios e intereses privados⁴⁶⁴. La dualidad de su función tiene reflejo en el artículo 1 del Reglamento Notarial:

autoridad pública— en lo que se refiere a la observancia de las normas referentes al documento notarial, a la reglamentación de las tarifas en interés de los clientes, al acceso a la profesión o a la organización de la misma; función preventiva a la del juez, en cuanto que elimina o reduce los casos de litigio; funciones de asesor imparcial.

⁴⁶⁴ “incluidos en el sistema latino, los notarios gozan en el Derecho español de una consideración dual. Por un lado, son profesionales del derecho especializados; por otro, son funcionarios públicos”, GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2009), “La pretendida doble calificación de los documentos notariales sujetos a inscripción”, *Teoría & Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, nº 5, Tirant lo Blanch, p. 72. La Sala Tercera del Tribunal Supremo en su conocida sentencia de 20 de mayo de 2008, ROJ: STS 2176/2008, que posteriormente analizaremos, analiza el concepto legal y jurisprudencia del estatuto del notario, constatando que la “doble condición de funcionario público y profesional del Derecho ya se proclama en el Reglamento de 1935 y en el posterior de 1944 y se viene reconociendo por la jurisprudencia, sentencias de 23 de enero de 1990 y 26 de enero de 1996 , haciendo referencia esta última, incluso, al amparo legal de tal consideración cuando dice que: “Junto a la función pública -dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales-, que puede explicar la condición de funcionario público, el Notario desarrolla una función profesional, de la que son exponente los arts. 13 y 17 de la Ley, el primero , en cuanto preceptúa que “los Notarios pagarán por ejercer su cargo el impuesto a que están sujetas las demás profesiones análogas” y, el segundo, al disponer que “el Notario redactará escrituras matrices...”, previsiones que se han actualizado con la modificación operada en el art. 17 de la Ley del Notariado por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre y la inclusión del art. 17.bis por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre , que alude expresamente a la adecuación del otorgamiento a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes. A tal efecto conviene tener en cuenta la precisión efectuada en la citada de 23 de enero de 1990, que en relación con esa doble condición de funcionario público y profesional del Derecho, señala que “no corresponde a esta Sala entrar a considerar cuál de

Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos.

b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

Como indicaba Federico DE CASTRO⁴⁶⁵, la forma del contrato, como modo de expresión de la voluntad de los contratantes, debe distinguirse de las

las dos vertientes prevalece sobre la otra, baste con señalar, al efecto que nos ocupa, que no es que el Notario ejerza a veces de funcionario público y otras de profesional del Derecho, es que ambos aspectos se hallan íntimamente relacionados en el Notario, lo que determina un complejo orgánico y funcional que no permite incluirlo nítidamente y sin reservas dentro del campo del Derecho público ni del Derecho privado". Se viene a significar con ello, que en su configuración legal, el carácter de profesional del Derecho se predica del Notario a efectos del ejercicio de la función notarial en su conjunto, o como resulta del propio artículo 1 del Reglamento Notarial que comentamos, de asesorar y aconsejar a quienes reclaman su ministerio, es decir, a efectos del desarrollo integral de la función que legalmente se le atribuye y no como una actividad autónoma o paralela."

La STS de la Sala Tercera de 26 de enero de 1996 (ROJ: STS 7713/1996) caracteriza la función notarial de compleja, integrada de elementos derivados de la función pública y del ejercicio como profesional privado del Derecho: El art. 1º de la Ley de 28 de mayo de 1862 dispone que "el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales".

Ahora bien, este precepto que atribuye al notario la condición de funcionario público, es por sí solo insuficiente para caracterizarle como tal y desde luego para obtener un concepto exacto de la función notarial. Nada se dice en él de la función asesora, que está presente en la Ley de 1862 y en su Reglamento y tampoco hace referencia alguna al carácter profesional del notario. De aquí que se haya llegado a decir, por un sector de la doctrina, que el art. 1º de la mencionada Ley en realidad no define al notario, sino que delimita el campo de su actuación funcional, en razón de las circunstancias históricas que motivaron la reforma de 1862 (separación entre la fe pública judicial y extrajudicial hasta entonces a cargo de los Escribanos). Junto a la función pública -dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales-, que puede explicar la condición de funcionario público, el notario desarrolla una función profesional, de la que son exponente los arts. 13 y 17 de la Ley, el primero, en cuanto preceptúa que "los Notarios pagarán por ejercer su cargo el impuesto a que están sujetas las demás profesiones análogas" y, el segundo, al disponer que "el Notario redactará escrituras matrices..."

⁴⁶⁵ DE CASTRO, F., *El negocio jurídico...op. cit.*, pp. 278-279: "Se denomina forma: a) El medio de expresión, es decir, lo que sirve para expresar lo querido. En este sentido, todo negocio requiere una forma; distinguiéndose, después la forma libre de la no libre o vinculada (formalismo) b) Las formalidades. Se refiere a la observancia de ciertas formas admitidas como únicas aptas para la declaración de voluntad. Forma extrínseca, requerida cuando se exige el uso de palabras determinadas, de fórmulas, el documento, la autorización notarial, la presencia de testigos, etc. De las formalidades, se distinguen: a) La llamada forma intrínseca o estructural, que se da cuando el negocio, para su

formalidades del mismo, como formas aptas exigidas por la ley para ajustar las declaraciones de voluntad de un contrato, que pueden exigir el amoldamiento de la declaración a un tipo de modelo contractual o la existencia de formas habilitantes o de publicidad para la eficacia del contrato. La intervención notarial en el otorgamiento de la escritura pública de otorgamiento de la garantía hipotecaria, de un lado, supone la atribución de la fuerza probatoria al mencionado instrumento derivada de los artículos 319 de la LEC y 1218 del Código Civil, agilizando el tráfico mercantil en cuanto fija y hace prueba del hecho que motiva el otorgamiento, de la identidad de los intervinientes y de su fecha. Contribuye la intervención notarial a la seguridad jurídica y del tráfico mercantil, facilitando la confianza y la agilidad del mercado, ante la confianza derivada de la existencia y realidad de las relaciones documentadas⁴⁶⁶. Ello deriva de la atribución al notario de la fe pública a que hemos hecho referencia⁴⁶⁷, atribución derivada de la soberanía

eficacia, ha de ahormarse a un tipo legal (*“numerus clausus”* de tipos), b) las denominadas formas habilitantes, cuando se requiere la intervención de una autoridad o persona que sancione o apruebe el negocio), c) Las formas de publicidad, que sirven para dar eficacia general al negocio (inscripción en Registros, puesta en posesión)².- Conforme al valor de las formalidades se distinguen: a) Valor constitutivo (*“ad substantiam”*). La forma da lugar al negocio (sin ella no hay tal negocio), y basta la forma para exista, sin necesidad de otro requisito (*“forma dat esse rei”*). En el Derecho primitivo se basaba, se nos dice, en el significado sagrado o mágico de ciertos datos y actos. En el negocio moderno, en conveniencias del tráfico (dinero amonedado o cartáceo). Este valor se debilita, al hacerse posible las excepciones o acciones de nulidad (p. ej. Respecto a capacidad y voluntad, en el cheque y letra de cambio); en el *“contra under seal”*, el Derecho inglés permite su impugnación por contenido inmoral o prohibido. b) Valor integrativo (*“ad solemnitatem”*), la forma es un requisito, que se exige al lado de los demás esenciales del negocio, si falta el negocio será nulo o ineficaz (*“maior est enim defectus formae ac solemnitatis, quod substantiam”*) c) Valor de publicidad, que implica su eficacia general o respecto de tercero (no cabe alegar ignorancia) d) Mayor valor relativo, o respecto de los negocios carentes de solemnidad (así, la clasificación de créditos), e) Valor probatorio (*“ad probationem”*), se puede manifestar positivamente (único medio de prueba admitido) o negativamente (excluyendo ciertos medios)³.

⁴⁶⁶ DELGADO MARTÍN, P. (2014), “La seguridad jurídica como motor del tráfico inmobiliario”, en *Hacia un modelo de mercado hipotecario*, Edit. Dykinson, p. 142: “la aportación fundamental del notariado a la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario es el documento público. El documento público es el típico ejemplo de aquello que está de tal forma integrado en nuestra vida y en nuestra cultura que lo damos por supuesto sin apreciar su auténtica importancia. La incorporación de un valor económico a un papel, cuya eficacia se da por supuesta de manera indiscutible y que se extiende a la regularidad legal de su contenido, a su autenticidad, y a su suficiencia para la exigencia del cumplimiento de las obligaciones que allí se recogen, es un avance jurídico monumental”.

⁴⁶⁷ BLANQUER UBEROS, R. (2009), “El problema de la llamada “doble calificación”. No existen dos calificaciones superpuestas”, *Revista Teoría & Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, nº 5 Tirant lo Blanch, pp. 29-30: “El Notario está investido de una “facultad” por la que se le autoriza para dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales conforme a las leyes. Y cuando el notario, mediante el uso de dicha facultad, autoriza (es autor) con las solemnidades requeridas por la ley de un documento (que formaliza o presenta contratos o demás actos extrajudiciales), da a dicho documento validez o eficacia (la fehaciencia y la autenticidad) propia de los documentos públicos. El documento del que es autor un notario es documento público, y tiene valor o eficacia como tal, cuando el notario, al ejercer la función pública notarial, lo ha autorizado con las solemnidades requeridas por las leyes; y además, cuando al

del Estado, que da fuerza probatoria, aun cuando no impida su impugnación, a ciertos documentos o actos exteriorizados a través de determinados actos formales, en orden a la protección de la seguridad jurídica⁴⁶⁸.

Pero no sólo ello, ya de por sí de trascendental consideración jurídica, sino que la intervención notarial en el otorgamiento de la escritura pública la constituye en título ejecutivo, del que dimana, en las condiciones expuestas en la Ley procesal, la ejecución directa frente al patrimonio del deudor. Es importante esta consideración que convierte a la escritura pública notarial en un medio de actuación coactiva frente al patrimonio del deudor sin necesidad de previo pronunciamiento judicial, sin perjuicio, naturalmente, de la oposición del deudor, ya en el seno del procedimiento. La atribución de fuerza ejecutiva al documento notarial no puede derivar de forma exclusiva de la fuerza probatoria del mismo, del ejercicio de la fe pública notarial, que, como hemos visto, se proyecta en el ámbito de la fijación de las relaciones jurídicas, de la prueba o fehaciencia del negocio y de la seguridad jurídica. El respaldo procesal al título ejecutivo notarial se fundamenta, a nuestro juicio, en el control previo de legalidad del negocio jurídico que conlleva la intervención del notario en la autorización del contrato.

Esta función de control de legalidad se residencia en un control previo o preventivo al otorgamiento del acto, y se distingue, como expone ORDUÑA⁴⁶⁹, de la función de asesoramiento, residenciándose en el acto del

actuar como autor del documento ha formulado, como indica el TC, un juicio, conforme a las leyes, sobre la forma y el fondo del negocio jurídico documentado; de lo que resulta la observancia de la legalidad en cuanto a las formas extrínsecas y a las solemnidades sustanciales, unas y otras requeridas por la ley”.

⁴⁶⁸ GALLARDO RUEDA, A. (1949), “Fe pública y seguridad jurídica”, *Anuario de Derecho Civil*, pp. 76-77: “Si, por nuestra parte, hubiéramos de propugnar un concepto de fe pública, no dudaríamos en adscribirnos al grupo de quienes la fundamentan en consideraciones puramente objetivas, independizándola de datos que proporciona su ejercicio por determinado grupo funcionarista. La fe pública podría así estimarse como presunción que, fundándose en la propia soberanía del Estado, obliga provisionalmente a creer como auténticos determinados signos, o como ciertos los documentos que reflejan determinados negocios jurídicos formales, a fin de servir al fin inmediato del Derecho: la seguridad jurídica”. En similar sentido NÚÑEZ LAGO, R. (1949), “Perfiles de fe pública”, *Anuario de Derecho Civil*, p. 28: “La frase fe pública responde a un concepto histórico, de matices místicos, que para la teoría general del Derecho no tiene otro significado que el de un grado o manera de eficacia de ciertos hechos narrados en un texto documental, eficacia admitida por una ley a una clase de documentos calificados de públicos”.

⁴⁶⁹ ORDUÑA MORENO, F.J., *op. cit.* p. 85, “la tutela preventiva que realiza el Notario obtiene su fundamento primario del necesario juicio de legalidad (control de legalidad) que es ínsito a la propia función notarial (arts. 1 y 17 bis LN). De forma, que su aplicación se diferencia claramente de la función de mero asesoramiento que pueda también prestarse por el Notario”.

otorgamiento y conllevando un control de adecuación del negocio jurídico al ordenamiento jurídico. Ello nos lleva a analizar el contenido y alcance del control de legalidad preventivo por los notarios, que nos introducirá en la relación de dicho control preventivo, de estimarse que alcanza el contenido material del acto, en la aplicación concreta a la contratación con consumidores.

5.1.2. El control de legalidad del contrato por los notarios

Se suele establecer el marco legal del control de legalidad notarial de los actos y contratos en determinados artículos de la Ley del Notariado, artículo 17 bis.⁴⁷⁰, artículo 24⁴⁷¹; como en el artículo 147 del Reglamento Notarial⁴⁷². La aceptación del control de la legalidad formal del acto

⁴⁷⁰ 1. Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, no perderán dicho carácter por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquél de conformidad con la Ley reguladora del uso de firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias.

2. Reglamentariamente se regularán los requisitos indispensables para la autorización o intervención y conservación del instrumento público electrónico en lo no previsto en este artículo.

En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia:

a) Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.

b) Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes.

⁴⁷¹ “Los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas”, precepto introducido por la Ley 36/2006 de 29 de noviembre, de represión del fraude fiscal, por lo que algún sector doctrinal considera limitado el deber de la regularidad material del acto a las obligaciones de vigilancia y prevención del fraude fiscal a que se refiere la ley y que se atribuyen al notario: “sus términos han de interpretarse en relación con la finalidad de la Ley 36/2006 de 29 de diciembre, a la que debe su redacción, esto es, con la prevención del fraude fiscal. Lo que corroboran los términos del último inciso citado y del párrafo siguiente, en tanto constatan que ese genérico deber de los notarios no tiene otra concreción que la especial obligación de colaboración que les obliga a prestar a las autoridades judiciales y administrativas, cumplimiento los deberes que, con aquel objeto, dispongan dichas autoridades en el ámbito de sus competencias. Y, en especial, con el que instaura la propia norma en los párrafos siguientes en relación con las escrituras relativas a actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles”, GALLEGO SÁNCHEZ, E. *op. cit.* p. 83.

⁴⁷² El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado.

autorizado notarialmente es generalizada, centrándose la discusión en el control de la regularidad material del acto, en su adecuación al ordenamiento jurídico, a que se refieren los preceptos referidos. Mientras que la legalidad formal del acto deriva de los hechos y manifestaciones que el notario presencia por sí, y de los requisitos de legalidad ordinaria o formales que afectan a la operación, el control de la legalidad material del acto, de su adecuación al ordenamiento jurídico, se dice, constituiría un juicio crítico del notario, que podría ser ineficaz, por su provisionalidad; desprovisto de imparcialidad, por la relación derivada del notario con el cliente; y en todo caso, subjetivo, falto del respaldo judicial en todo caso exigido para la calificación de la legalidad del acto.

El requisito de la provisionalidad del juicio de legalidad material del acto por el notario deriva, de un lado, del hecho de que el notario autorizará normalmente de forma parcial el acto u contrato. El notario es un profesional privado, y la puesta de manifiesto de la posible ilegalidad o antijuridicidad de alguna parte del acto o contrato, especialmente a entidades bancarias o profesionales en la contratación en masa, conllevaría con alta probabilidad, que el cliente desistiera de la autorización por dicho notario, acudiendo a un profesional diferente⁴⁷³. La libertad de elección del notario, no existiendo una regla de competencia imperativa sobre su intervención, permitiría sin más al cliente, acudir a profesional diferente, que con una interpretación distinta de la norma, emitiera un juicio crítico diferente, que finalmente conllevara la autorización del acto⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Afirma BALLUGERA GÓMEZ, C. (2016), “Control notarial y registral de cláusulas abusivas”, en *Ejecución Civil: especial referencia a la ejecución hipotecaria*, Cuadernos Digitales de Formación, nº 33, Madrid, CGPJ p. 8, “el notario no puede autorizar parcialmente el documento porque se arriesga a perder al banco como cliente”.

⁴⁷⁴ GARCÍA GARCÍA, JM. (1994), “La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 625, pp. 2288-2289: “La libertad de elección de Notario por parte del público. Esta característica del sistema notarial, que da indudable carácter profesional al Notario, determinar que el juicio de legalidad no pueda ser definitivo o pleno, sino provisional, ya que al no existir un sistema obligatorio de competencia territorial, un particular que ha recibido un determinado juicio de legalidad por parte de un Notario, puede acudir a otro que emita un juicio de legalidad quizá diferente, pues las personas son distintas y en Derecho también son diferentes criterios jurídicos. Pero por esta vía es imposible hablar de juicio de legalidad definitivo, pues en cualquier momento puede ser desvirtuado dentro del propio Notariado”.

Se alega asimismo, que la relación profesional establecida entre el notario y el cliente, que conlleva importantes labores de asesoramiento, originan una implicación del notario en la regulación o autorización final del acto o contrato. El notario interpreta la voluntad de los contratantes y asesora a los mismos respecto de la mejor manera de ajustar dicha voluntad al ordenamiento jurídico⁴⁷⁵.

El artículo 2 de la Ley del Notariado obliga a los notarios la intervención de su oficio, salvo que concurra justa causa⁴⁷⁶, obligación de la que resulta la correspondiente infracción disciplinaria⁴⁷⁷. Considerar qué se pueda entender “justa causa” para eximir al notario de su obligación de intervención en el acto es discutido por la doctrina⁴⁷⁸.

Por otra parte, el notario responde civilmente de los daños causados por su actuación que sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable⁴⁷⁹, por lo que se ha venido a sostener que tiene interés en la calificación de la legalidad del acto autorizado en los supuestos en los que no ha realizado advertencia alguna. Para GALLEGO SÁNCHEZ, “el deber de actuar de forma imparcial que se impone al notario se refiere a las partes, no puede dar un trato de favor a una en detrimento de otra. Pero no se extiende al contrato que ha intervenido, puesto que, al hacerlo sin reservas, tiene ya un interés

⁴⁷⁵ GARCÍA GARCÍA, JM, *op. cit.*, p. 2287: “El Notario cumple una importante función respecto al cliente, que es de asesoramiento y defensa de sus intereses, al estilo de lo que podría hacer un Abogado defensor del mismo. El Notario mantiene una íntima relación con el cliente, tratando de encontrar la fórmula idónea para sus intereses, y en estas condiciones faltan las condiciones de objetividad necesaria para que el juicio de legalidad del Notario sea definitivo y decisivo en el ámbito del tráfico jurídico inmobiliario y de los principios y efectos de dicho tráfico”.

⁴⁷⁶ El notario que requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial negare sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad a que hubiere lugar con arreglo a las leyes.

⁴⁷⁷ Artículo 349 b del Reglamento Notarial.

⁴⁷⁸ En contra, GALLEGO SÁNCHEZ, E., *op. cit.* p. 79: “ha de tenerse en cuenta que, según el art. 2 de la LN, la intervención del notario es obligatoria para él ya que no puede denegar su ministerio salvo que concurra “justa causa”. Y en ninguno de los preceptos indicados se autoriza al notario a denegar el otorgamiento en atención a circunstancias relativas a su juicio sobre la legalidad del acto”. A favor, BLANQUE UBEROS, R., *Op. cit.* p. 31: “Es fácil interpretar este precepto en relación con la posibilidad de que un notario negare la intervención de su oficio en su caso determinado al amparo de una justa causa: no incurrirá en responsabilidad. No cuesta esfuerzo señalar que la negativa a la prestación de funciones puede estar justificada por diversas razones; entre ellas que el contrato o el acto extrajudicial sea contrario, conforme al art. 1255 CC, a lo dispuesto por las leyes, a la moral o al orden público”.

⁴⁷⁹ Art. 146 del Reglamento Notarial.

personal en que no se aprecien en él defectos que lo hagan ineficaz, ya que está ahí implicada su responsabilidad personal y patrimonial”⁴⁸⁰.

Precisamente en la posibilidad de formular advertencias a las partes en la autorización del acto se ha querido ver la improcedencia del control de la legalidad material del notario. El artículo 149 del Reglamento Notarial dispone que los notarios harán de palabra, en el acto del otorgamiento de los instrumentos que autoricen, las reservas y advertencias legales establecidas en los Códigos Civil y de Comercio, Ley Hipotecaria y su Reglamento y en otras leyes especiales, haciéndolo constar en ésta o parecida forma: «Se hicieron a los comparecientes las reservas y advertencias legales». De ello se quiere deducir la obligatoriedad en todo caso de autorizar el acto, salvando la responsabilidad el notario con las advertencias o reservas procedentes⁴⁸¹.

Por último, se manifiesta que el juicio de legalidad sobre el acto debe reservarse en todo caso al poder judicial, constituyendo el juicio notarial una simple opinión o juicio subjetivo, que no se hallaría investido de las funciones públicas notariales⁴⁸².

Las ácidas críticas a la viabilidad de un control de legalidad material del acto por el notario tal vez evidencien más una lucha corporativa en relación al concepto de la calificación del acto que se atribuye a los registradores de la propiedad, que una recta interpretación de la función pública desempeñada por los notarios en el momento de la autorización del

⁴⁸⁰ *Op. cit.* p. 80.

⁴⁸¹ “Las advertencias se refieren, pues, al juicio que formula el notario sobre la necesidad de cumplimiento de los requisitos legales necesarios para que el acto o negocio jurídico produzca los efectos deseados por las partes. En su modo ordinario se refieren normalmente a requisitos externos al acto que inciden, no obstante, en la eficacia del mismo, si no son cumplidos por las partes, bien antes del otorgamiento, bien después. Por su parte, las reservas expresan el juicio de disconformidad del Notario en torno al cumplimiento de los presupuestos legales sea de la validez como de la eficacia del acto, así como de cualesquiera normas que, según su opinión, puedan impedir la regularidad o legalidad del acto o contrato documentado”, GALLEG0 SÁNCHEZ, E., *op. cit.* p. 81.

⁴⁸² CARRASCO, A. y LYCKOWSKA, K., (2014), ‘STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C-169/14, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. Un nuevo (y esta vez defectuoso) pronunciamiento del TJUE sobre el procedimiento hipotecario español’, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, n° 10 p. 9: “aunque lo hagan en ocasiones, ni Notarios ni Registradores están de hecho *especialmente cualificados* para decidir con la autoridad necesaria en Derecho si un interés del 19% es o no abusivo, que es de lo que se trataba en origen. Esta apreciación no pertenece al dominio del Derecho que estos profesionales han de conocer y conocen mejor que los profanos. De cierto, en la apreciación sobre el “techo” de la abusividad, no hay ningún argumento *jurídico* especialmente cualificado. Tampoco el del juez es más cualificado que el del Notario, pero no podemos incurrir en un regreso infinito y al final ha de existir alguien que tenga la última palabra”.

acto o contrato⁴⁸³. Lo cierto es que la dicción del artículo 17 de la Ley del Notariado y especialmente del artículo 24 autorizan el entendimiento de que

⁴⁸³ Refrendo de ello es la polémica sobre la llamada doble calificación o calificación sobrepuesta de notarios y registradores en relación a la autorización e inscripción de actos con trascendencia inmobiliaria. Hace ello referencia a la calificación sucesiva del notario al autorizar el acto y del registrador al calificar el *acto dispositivo*, esto es, el acto inscribible. Sin entrar a fondo sobre la discusión expuesta, un ejemplo de la misma resulta del artículo 98 de la Ley 24/2001 de medidas fiscales, administrativas y del Orden social, conforme al cual “En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación”. Un sector de la doctrina hipotecarista critica que el juicio de suficiencia del poder de representación que realiza el notario conlleva la imposibilidad de calificación por el registrador de la representación, apuntando la posibilidad de condicionamiento del juicio de suficiencia de la representación notarial por la vinculación del notario al cliente que le encomienda. Para COBAS COBIELLA, M.E. (2011), “¿Una doble calificación notarial y registral? Especial incidencia en el poder de representación” en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montes Penadés*, BLASCO GASCÓ, F.P./CLEMENTE MEORO, M.E./ORDUÑA MORRENO, F.J./PRATS ALBENTOSA, L./VERDERA SERVER, R., (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, “no estamos en presencia de una doble calificación, la propia presencia ante el Notario del compareciente y otras diferencias entre ambos funcionarios, que han sido expuestas así lo confirman. Ambos son estrictamente necesarios porque insisto, hacen funciones distintas. Cuestión diferente lo es que la política legislativa se hubiera inclinado por la necesidad de que en el instrumento público se hiciera constar dentro del juicio de suficiencia las facultades representativas, para mayor tranquilidad de la función registral en su labor calificador; tampoco hubiera sido un hecho desdeñable, y mientras más garantías para las personas y mayor seguridad jurídica mejor. Por lo pronto hay que conformarse con los juicios notariales, que desde mi punto de vista son tan respetables y válidos como los de los demás funcionarios, y que históricamente han conformado los pilares del instrumento público notarial. ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J. (2002), *La representación y la calificación notarial. Una reflexión sobre el valor del instrumento público*, disponible on line [https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/8/6900844%20\(249_310\).pdf](https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/8/6900844%20(249_310).pdf) por su parte, sostiene que “de acuerdo con una concepción estrictamente fenomenológica, la fe pública notarial coincidiría de modo exacto con la reseña de lo que se percibe (*de visu et auditu*) desde una posición testifical, de modo que el documento notarial, en aquello de que hace fe, no tendría más que un valor testimonial (de coincidencia entre el *dictum* y el *actum*), que se impondría, como un juicio apodíctico, con carácter necesario, al tratarse de un juicio de existencia. Si, por el contrario, se entendiera que la fe pública notarial no es sólo fenomenismo, sino que entraña también un juicio intelectual jurídico, un juicio de valor, su objeto entonces podría extenderse también a una calificación jurídica como juicio no apodíctico sino asertórico, en que cabría confiar (más que creer) por el grado de probabilidad de acierto que incorpora. El documento notarial aportaría así, no sólo su fuerza testimonial, sino también un valor jurídico calificadorio en el que la generalidad confía como dotado a priori de una alta probabilidad de acierto equivalente casi a una presunción de exactitud, que, de corroborarse explícitamente por el legislador, quedaría convertida entonces en una presunción de legalidad, al amparo de los tribunales, mientras no fuera rebatida por medio de un pronunciamiento judicial.” No aprecia BLANQUER UBEROS, una doble calificación, porque tienen finalidades y efectos diferentes, pudiendo derivarse del ámbito en que se quiere desenvolver la calificación registral, ámbito que a juicio del autor es exterior, valiéndose de la escritura pública y del contenido del Registro: “hay una coincidencia entre ellas, al referirse ambas a unas mismas cualidades jurídicas y servir para un mismo fin: la eficacia de la publicidad sustantiva del Registro en su calidad de instrumento para lograr la seguridad jurídica del tráfico –de la adquisición y del crédito–, de la que nace la seguridad de ejercicio. Pero son distintas al presentar diferencias sustanciales, no obstante estar ambas al servicio de la seguridad jurídica: sus diferencias que se aprecian fácilmente valorando el momento de su producción: la una, la notarial, en el momento de la efectiva realidad del tráfico, en el de la realización de las transacciones con significado económico y patrimonial de presente, y la otra, la registral, en el momento de decidir acerca de la publicación de la mutación jurídica inmobiliaria ya producida a consecuencia de la transacción ya realizada”, *op. cit.* p. 16.

el notario debe realizar una interpretación de la legalidad material del acto, y que le habilitaría a denegar la autorización de un acto contrario al ordenamiento jurídico. Los recelos sobre la parcialidad del notario por su actuación como profesional liberal se hayan resueltas legalmente al proclamarse la independencia notarial en el artículo 1 del Reglamento Notarial, sin que pueda precisamente el contenido de su labor de asesoramiento e información, ser obstáculo a esta independencia vertebradora de su función.

Constituye, a nuestro juicio, un argumento insoslayable de esta función del control de la legalidad material del acto atribuida a los notarios, el artículo 18 de la Ley 2/2009 de 31 de marzo por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o de crédito, conforme al cual *en su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley.*

El Tribunal Constitucional, en su STC 207/1999 de 11 de noviembre considera incardinable en la condición de funcionario público del notario el control de la legalidad de fondo del acto autorizado

“a los Notarios, en cuanto fedatarios públicos, les incumbe en el desempeño de la función notarial el juicio de legalidad, sea con apoyo en una ley estatal o autonómica, dado que el art. 1 de la vieja Ley por la que se rige el Notariado, Ley de 28 de mayo de 1862, dispone que «El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales», función de garantía de legalidad que igualmente destaca el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, en su art. 145, párrafo 2, al imponer a los Notarios no sólo la excusa de su ministerio sino la negativa de la autorización

notarial cuando «... el acto o el contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral y a las buenas costumbres, o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos». La función pública notarial incorpora, pues, un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público, y cabe afirmar, por ello, que el deber del Notario de velar por la legalidad forma parte de su función como fedatario público”⁴⁸⁴.

La misma contundencia sobre la función de control de la legalidad del acto o contrato autorizado se recoge en la doctrina de la DGRN. En la Resolución de 14 de febrero de 2007⁴⁸⁵ se caracteriza el control de la legalidad del notario

“Ese control, calificación o juicio de legalidad en terminología del Tribunal Constitucional (STC 207/1999, de 11 de noviembre) no es una mera adecuación en el sentido de encaje en el ordenamiento jurídico – lo que de por sí tendría gran trascendencia –, sino algo más, esto es, que resulta plenamente conforme a dicho ordenamiento. Así, la presunción de legalidad implica que el documento notarial goza no solo de autenticidad formal sino también material. Y ello es así porque el Notario es un funcionario público especialmente habilitado para garantizar la estricta observancia de los presupuestos básicos previstos por las leyes para que la apariencia documental responda a la verdad e integridad del negocio o acto documentado. Así, el Notario ha de asesorar de forma imparcial para que las partes presten su consentimiento debidamente informado; ha de explorar la voluntad de las partes para, siguiendo sus instrucciones, conformarla y que la ratifiquen como suya; ha de controlar la regularidad del negocio y sobre todo ha de realizar una valoración de los fines perseguidos por si estos fuesen simulados o fraudulentos; ha de controlar la legalidad vigilando

⁴⁸⁴ ROJ: STC 207/1999.

⁴⁸⁵ BOE 1 de marzo de 2007.

el cumplimiento de las normas con especial tutela de los intereses generales y públicos; y por último autoriza el documento con arreglo a la forma prevista por las leyes. Por todo ello la Ley otorga al documento notarial efectos legitimadores tanto desde el punto de vista formal como material”⁴⁸⁶.

5.1.3. La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008⁴⁸⁷

La sentencia referenciada resuelve en recurso de casación, la impugnación realizada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España contra algunos preceptos del Real Decreto 45/2007 de 19 de enero por que el que se modifica el Reglamento de la Organización y régimen del Notariado aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ El documento notarial, a juicio del centro directivo, goza de tres presunciones: “las de veracidad, integridad y legalidad. Dichas presunciones tienen su origen en la imposición al notario de la obligación de velar por la regularidad, no sólo formal, sino material del acto o negocio jurídico que autoriza o interviene, lo que exige del mismo una serie de actuaciones positivas previas al mismo hecho de la autorización o intervención; así, podemos destacar: asegurarse acerca de cuál sea la identidad de los otorgantes, indagar su verdadera voluntad y controlar la legalidad del acto o negocio jurídico que se pretende realizar desde las perspectivas formal y material (elementos esenciales, naturales y accidentales) a los efectos de su documentación pública. Veracidad implica que desde la perspectiva de la narración de los hechos y del contenido del acto o negocio documentado el mismo se corresponde con la realidad extradocumental; por ejemplo, que los otorgantes son quienes se dice en el instrumento y que cuentan con capacidad natural y jurídica para la conclusión de lo documentado; que el acto o negocio jurídico concluido es el que es y no otro; que sus elementos esenciales, naturales y accidentales son los reflejados en su clausulado y que, en suma, la realidad extradocumental ha sucedido como se narra y refleja en el instrumento. Por ello, hasta el mismo Código Penal prevé un tipo de falsedad específico (artículos 390 y siguientes). Integridad supone que el documento no carece de ninguna de sus partes en el sentido de que narra toda la verdad. Por ello, un documento no sería veraz si recogiera una parte de la realidad y diera o elevara ésta a rango de totalidad de lo ocurrido. La consecuencia de las dos presunciones expuestas es la de legalidad. Que una realidad jurídica se presuma conforme a la legalidad implica que su contenido y efectos están ajustados al ordenamiento jurídico. Dicho de otra forma, que el acto o negocio jurídico documentado y por extensión el mismo documento es conforme a la legislación que rige aquél, desplegando por ellos unos efectos privilegiados respecto de otros tipos documentales”. Idéntica doctrina en la Resolución de la DGRN de 28 de febrero de 2007 (BOE 13 de marzo de 2007).

⁴⁸⁷ ROJ: STS 2176/2008.

⁴⁸⁸ La primera objeción que analiza la sentencia al recurso formulado es la misma legitimación del Colegio de Registradores y Mercantiles de España, que se discute por las partes demandadas, ante la falta de interés legítimo de los recurrentes en la disposición cuestionada. El Tribunal acoge, sin embargo, desde una interpretación amplia del concepto de interés legítimo, la legitimación de los recurrentes, atendiendo a la relación entre la actuación notarial y registral en cuanto a la inscripción del título en el Registro de la Propiedad: “el título público, cuya redacción corresponde a los notarios, y la inscripción son los elementos sobre los que descansa en nuestro sistema la eficacia frente a terceros de los negocios jurídicos, de forma tal que el binomio título-inscripción se torna indisoluble porque el

En lo que aquí interesa el Tribunal Supremo, sobre todo en los fundamentos jurídicos sexto y séptimo⁴⁸⁹, analiza el alcance del control de legalidad notarial introducido, principalmente, en los artículos 145 y 147 del Decreto en la redacción dada por la norma cuestionada⁴⁹⁰. Debemos resaltar

título tiene vocación de ser inscrito para desarrollar su eficacia hasta sus últimas consecuencias y la inscripción tiene como presupuesto necesario la preexistencia del título, de manera que todo lo que afecte a la registración del título afecta también a la función notarial en cuanto a su cometido de redactar los únicos títulos que, junto con los judiciales y administrativos, acceden al Registro de la Propiedad y despliegan con ello sus máximos efectos". Planteamiento que a la inversa, aun cuando no todo instrumento notarial tenga por objeto su inscripción en el Registro, se produce en este caso, en el que el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en defensa de los intereses de sus representados, impugnan el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica un amplio número de artículos del Reglamento Notarial, en cuanto esa relación entre la actuación notarial y la registral determina que no resulte indiferente para los intereses representados por el Colegio recurrente la regulación que se refiere al ejercicio de la función notarial, en sus aspectos subjetivos y objetivos. Como también indicaba dicha sentencia y las de 22 de mayo de 2000 y 2 de junio de 2001, en relación con otros recurrentes, los registradores de la propiedad y mercantiles, cuyos intereses representa el Colegio recurrente, se encuentran en una situación muy distinta a la de cualquier otro ciudadano respecto de la impugnación del Reglamento, en cuanto su actividad está directamente relacionada y resulta afectada por el desarrollo de la función notarial y las condiciones en que se lleva a cabo por el notario." Sin perjuicio de lo cual, en cada uno de los preceptos impugnados el Tribunal desgrana el interés legítimo derivado de la función registral anteriormente expuesta, acogiendo en alguno de los supuestos, la falta de legitimación del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

No deja de vislumbrarse la relevancia del conflicto profesional en la materia, porque actuando el notario en relación a la legalidad de los autos que autoriza, con carácter previo a la intervención registral, que incluso, en caso de no autorizarse, devendrá imposible, es difícil estimar que el Colegio profesional recurrente posea legitimación amplia para discutir el alcance de la intervención notarial en la autorización del título. Sobre todo porque ninguna de las normas anuladas suponía que el previo control de legalidad notarial, en caso de autorización del título, impidiera o limitara el control registral a través de la calificación.

⁴⁸⁹ Aunque no únicamente, también en los fundamentos jurídicos 23, 24, 32 y 43, con remisión en su fundamentación a su argumentación sobre el control de legalidad contenida en los precedentes.

⁴⁹⁰ La redacción impugnada del artículo 145 del Decreto es la siguiente:

"La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes.

Dicha autorización e intervención tiene carácter obligatorio para el notario con competencia territorial a quien se sometan las partes o corresponda en virtud de los preceptos de la legislación notarial, una vez que los interesados le hayan proporcionado los antecedentes, datos, documentos, certificaciones, autorizaciones y títulos necesarios para ello.

Esto no obstante, el notario, en su función de control de la legalidad, no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio:

1.º La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se hubiere acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos.

2.º Todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan.

3.º La representación del que comparezca en nombre de tercera persona natural o jurídica no esté suficientemente acreditada, o no le corresponda por las leyes. No obstante, si el acto documentado fuera susceptible de posterior ratificación o sanación el notario podrá autorizar el instrumento haciendo la advertencia pertinente conforme artículo 164.3 de este Reglamento, siempre que se den las dos circunstancias siguientes:

a) Que la falta de acreditación sea expresamente asumida por la parte a la que pueda perjudicar.

b) Que todos los comparecientes lo soliciten.

4.º En los contratos de obras, servicios, adquisición y transmisión de bienes del Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio, las resoluciones o expedientes bases del contrato no se hayan dictado o tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas.

que el Tribunal Supremo no cuestiona la viabilidad de un control de legalidad de los actos autorizados por el notario desde el punto de vista de las funciones conferidas legalmente al mismo. El ámbito del recurso se circunscribe a la adecuación de la reforma al principio de reserva de ley, sosteniendo los recurrentes, en interpretación ampliamente acogida por el Tribunal Supremo, que la concreción del control de legalidad por el notario que recogen los artículos impugnados excede de la previsión legal contenida en la Ley del Notariado, y por ello, vulnera el reglamento el principio de reserva de ley.

Pese a lo que hemos sostenido en el epígrafe precedente, la sentencia no avala que los artículos 17 y 24 de la Ley del Notariado recojan ampliamente

5.º El acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes o al orden público o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para su plena validez o para su eficacia.

6.º Las partes pretendan formalizar un acto o contrato bajo una forma documental que no se corresponda con su contenido conforme a lo dispuesto en el artículo 144 de este Reglamento.

Cuando por consecuencia de resoluciones o expedientes de la Administración central, autonómica, provincial o local, deba extenderse instrumento público, el notario requerido para autorizarlo o intervenirlo tendrá derecho a examinar, sin entrar en el fondo de ella, si la resolución se ha dictado y el expediente se ha tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas que rijan en la materia, y que la persona que intervenga en nombre de la Administración es aquella a quien las leyes atribuyen la representación de la misma.

En el caso de resoluciones judiciales que den lugar al otorgamiento ante Notario de un instrumento público, de apreciarse la falta de competencia, procedimiento, documentación o trámites necesarios para el mismo, el Notario se dirigirá con carácter previo al Juzgado o Tribunal poniendo de manifiesto dicha circunstancia. Una vez recibida la resolución del órgano jurisdiccional, el Notario procederá al otorgamiento en los términos indicados por el Juzgado o Tribunal, sin perjuicio de formular en el momento del otorgamiento las salvedades que correspondan, a fin de excluir su responsabilidad.

La negativa de los notarios a intervenir o autorizar un instrumento público podrá ser revocada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en virtud de recurso de cualesquiera de los interesados, la cual, previo informe del notario y de la Junta Directiva del Colegio Notarial respectivo, dictará en cada caso la resolución que proceda. Si ésta ordenara la redacción y autorización del instrumento público, el notario podrá consignar al principio del mismo que lo efectúa como consecuencia de la resolución de la Dirección General a fin de salvar su responsabilidad".

Por su parte, el artículo 147 discutido disponía que:

"El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado.

En el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación.

Asimismo, el notario intervendrá las pólizas presentadas por las entidades que se dedican habitualmente a la contratación en masa, siempre que su contenido no vulnere el ordenamiento jurídico y sean conformes a la voluntad de las partes.

Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios".

el control de legalidad notarial que permita a los notarios abstenerse de autorizar o denegar su ministerio cuando el acto o negocio sea contrario a la legalidad o al ordenamiento jurídico. Para la Sala Tercera el artículo 17 bis 2 a) de la Ley del Notariado, quiere hacer constar la igualdad de la función notarial ejercida por el notario con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el acto o negocio, y el juicio de adecuación a la legalidad se refiere al acto del otorgamiento y no al contenido material del negocio jurídico. Por su parte, el artículo 24, a juicio del Tribunal, tiene su significación en relación a la finalidad de la reprensión del fraude fiscal de la ley que redacta, la Ley 36/2006, sin instaurar un genérico control de legalidad notarial material del acto.

Tampoco encuentra respaldo legal la modificación reglamentaria en el artículo 2 de la Ley del Notariado, que no puede interpretarse como una deslegalización de los supuestos de denegación del ministerio obligatorio de los notarios por la existencia de justa causa, permitiendo que la concreción de dichas causas se realice a través de una norma reglamentaria como el artículo 145 del Decreto⁴⁹¹.

Con posterioridad a esta sentencia la misma Sala Tercera, con una amplia remisión a la doctrina contenida en la misma, ha dictado la sentencia

⁴⁹¹ No anula, sin embargo, la Sala Tercera el inciso final del artículo 147 del Decreto en cuanto impone a los notarios el deber de velar por los derechos de los consumidores y usuarios, aun cuando interpreta dicha función de forma restringida: "el art. 10.6 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, establecía que "Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Los Notarios, los Corredores de Comercio y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia", previsiones que se reconocen actualmente en los arts. 84 y 91 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Por su parte el art. 23 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación, establece que "Los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles advertirán en el ámbito de sus respectivas competencias de la aplicabilidad de esta Ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención. 2. Los Notarios, en el ejercicio profesional de su función pública, velarán por el cumplimiento, en los documentos que autoricen de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7 de esta Ley. Igualmente advertirán de la obligatoriedad de la inscripción de las condiciones generales en los casos legalmente establecidos." En ambos preceptos, junto a actuaciones concretas del Notario se incluyen cláusulas de información genérica sobre la materia. Por lo que no se aprecia, en contra de lo sostenido por la recurrente, extralimitación alguna de la previsión reglamentaria."

de 7 de marzo de 2016⁴⁹², que desestima el recurso de casación formulado contra la sentencia de 5 de marzo de 2013 de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, que declarada la nulidad de sendos incisos contenidos en el artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre⁴⁹³, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en

⁴⁹² ROJ: STS 782/2016.

⁴⁹³ Bajo la denominación “acto de otorgamiento” el artículo 30 de la Orden tenía el siguiente tenor:

1. En materia de elección de notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 y demás disposiciones aplicables.
2. El cliente tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El cliente podrá renunciar expresamente, ante el notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia notaría.
3. En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente. Asimismo, los notarios informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberá:
 - a) Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha de Información Personalizada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia.
 - b) En el caso de préstamos a tipo de interés variable, comprobar si el cliente ha recibido la información prevista en los artículos 24, 25 y 26, y advertirle expresamente cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:
 - 1.º Que el tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere el artículo 27.
 - 2.º Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.
 - 3.º Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiéndole expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre:
 - i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia.
 - ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés.
 - c) Informar al cliente de cualquier aumento relevante que pudiera producirse en las cuotas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas. En particular deberá advertir de los efectos que la existencia, en su caso, de períodos de carencia tendría en el importe de las cuotas una vez finalizados tales períodos; así mismo, advertirá de la previsible evolución de las mismas cuando se hubieran pactado cuotas crecientes o cuando se hubiera previsto la posibilidad de interrumpir o posponer la amortización del préstamo.
 - d) Informar al cliente de la eventual obligación de satisfacer a la entidad ciertas cantidades en concepto de compensación por desistimiento o por riesgo de tipo de interés en los términos previstos en los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.
 - e) En el caso de que el préstamo no esté denominado en euros, advertir al cliente sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.
 - f) Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implica para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.
 - g) En el caso de hipoteca inversa deberá verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente. En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se realice en contra de la recomendación realizada por el asesoramiento independiente, se deberá advertir de este extremo al cliente.
 - h) Informar al cliente de los costes exactos de su intervención.
4. La decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o la inscripción de alguna de sus cláusulas deberá efectuarse mediante escrito motivado, ordenado en hechos y fundamentos de

concreto, un inciso contenido en su número tercero conforme al cual los notarios su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en la citada orden y la legalidad vigente; y en su número cuarto, de acuerdo con el que la decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o la inscripción de alguna de sus cláusulas deberá efectuarse mediante escrito motivado, ordenado en hechos y fundamentos de Derecho. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los plazos y forma previsto para el recurso de alzada⁴⁹⁴.

El argumento de la Sala Tercera vuelve a ser la falta de habilitación legal para el control de legalidad notarial en el acto del otorgamiento del negocio. Pretendiendo introducir otros preceptos de cobertura legal al control preventivo instaurado en la norma reglamentaria, tanto el Abogado del Estado como el Consejo General del Notariado, invocaban el artículo 18 de la Ley 2/2009 de 31 de marzo por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. En el inciso 1 dicha norma establece que “en su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Del mismo modo, los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y,

derecho. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los plazos y forma previsto para el recurso de alzada.

⁴⁹⁴ Nuevamente la impugnación del precepto viene promovida por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Sostiene VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, M. (2014), “Normas de transparencia en la contratación bancaria de préstamos y créditos”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio, Extraordinario*, 2014, p. 58, con referencia al primer pronunciamiento de la Sala Tercera de la AN, que “en el fondo se trata de la pretensión registral de ostentar el monopolio del control de legalidad, negándolo a la intervención notarial, lo cual no tiene sentido, pues nadie entendería que el notario actuase sin atenerse a la legalidad, ni mucho menos que estuviese obligado a autorizar o intervenir un documento público contrario a la ley”.

muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley”, previendo en su párrafo tercero un recurso frente la denegación de la autorización del acto (que ha de ser motivada) ante la DGRN. Para la sentencia, sin embargo, tal norma no supone una habilitación legal suficiente para el control preventivo de la legalidad de los préstamos y servicios financieros prestados por entidades bancarias, por cuanto la Ley 2/2009 excluye de su ámbito de aplicación a las actividades reguladas en la norma cuando sean prestadas por entidades de crédito o sus agentes, ni a las actividades incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

Nos preguntamos, sin embargo, cómo se distingue una distinta función notarial en atención a la persona que interviene en la operación o actividad del tráfico, excluyendo de todo control previo a las operaciones financieras cuando sean realizadas por entidades bancarias. No se trata de negar el mayor control legal y administrativo de las entidades de crédito respecto de otras que intervengan en la concesión de préstamos u operaciones financieras⁴⁹⁵, sino de distinguir la función notarial en atención a la persona

⁴⁹⁵ Sin ánimo de exhaustividad, la normativa legal y administrativa sobre control de las entidades de crédito en las contratación bancaria y financiera es extensa: Desde la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, Ley 26/1988 de 29 de julio, derogada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; OM 12 de diciembre de 1989 sobre topes de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de entidades de crédito, derogada por la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre ya citada; Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, derogada igualmente por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre; Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios; Circular número 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, derogada en parte por Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos; Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios.

Tanto por la función fiscalizadora y sancionadora como por la capacidad normativa en el sector bancario, el Banco de España se erige como uno de los mecanismos de mayor trascendencia en el control del sector. Así BLANCO GARCÍA, A.I. (2015), *La tutela del cliente bancario y las ADR: La institución del Ombudsman. Una visión comparada entre España, Reino Unido y Australia*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 36: “La competencia para la regulación básica del crédito y la Banca, en su dimensión institucional, corresponde al Estado y a las CC.AA., pero también, en un nivel operativo, al Banco de España. Esta potestad deriva de la propia especialización técnica que caracteriza la Institución, que permite que se le confíen determinadas misiones por delegación del Gobierno o *ex lege*. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones al resolver sobre la posible inconstitucionalidad de la potestad reglamentaria del Banco de España. Precisamente, en sus Sentencias núm. 135/1992, de 5 de octubre y núm. 204/1993, de 17 de junio, afirma que el Banco de España forma parte de la Administración del Estado en su vertiente institucional o indirecta y es la primera autoridad monetaria, y como tal “a quien corresponden las funciones relativas a la disciplina e

del cliente que la solicita. Ello sólo podría venir justificado si el control administrativo impuesto a las entidades de crédito fuere un efectivo control de legalidad preventiva de las operaciones en que intervinieran o más ampliamente, del clausulado prerredactado de los contratos, de modo similar a lo que ocurre en materia de contrato de seguro.

Tampoco encuentra la sentencia habilitación legal para el artículo 30 de la Orden Ministerial en los incisos cuestionados, en el artículo 84 del TRLGDCU al circunscribir la facultad del notario de denegar la autorización del contrato a los supuestos en que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

La doctrina contenida en la sentencia de 20 de mayo de 2008 ha sido objeto de importantes críticas. Para MIQUEL⁴⁹⁶, “la sentencia erróneamente atendió sólo a las consecuencias de la falta de documentación, sin ver que es gravísimo documentar en escritura pública un contenido ilegal, puesto que, insisto, la escritura pública goza de fe pública y fuerza ejecutiva. Asombra además el desconocimiento, por parte del Tribunal, del principio de legalidad al que está sometida toda la actividad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias”. Y es que el argumento sustancial sobre el que se construye la crítica a la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo reside precisamente en la vinculación de los notarios al principio de legalidad en su condición de funcionarios públicos, lo que impediría que la introducción de advertencias en la escritura notarial eximiera al notario de responsabilidad en la autorización de un acto contrario a la legalidad⁴⁹⁷.

inspección de las entidades de crédito y ahorro, para lo cual se le dota de las simétricas potestades, entre las cuales deben destacarse la reglamentaria y la sancionadora”.

⁴⁹⁶ *Op. cit.* p.29.

⁴⁹⁷ Sostiene MIQUEL, *op. cit.* p. 22:” La nulidad de pleno derecho de los actos y contratos contrarios a las leyes significa que no es precisa declaración judicial previa y es obligación de todos los funcionarios públicos negarles cooperación (Derecho Civil de España, 1949, I p. 539). El mismo De Castro repitió años después la misma idea: “la ineficacia del negocio nulo se produce ipso iure, por sí misma y sin necesidad de intervención judicial” (El negocio jurídico, 1971. P. 475). Si estas ideas elementales y esenciales se tuvieran en cuenta, se evitarían muchos errores. Pero desgraciadamente, se sigue diciendo por muchos y al máximo nivel institucional que los funcionarios no pueden apreciar la nulidad de las cláusulas abusivas, pues sólo los jueces pueden declarar su nulidad. El error consiste en que la nulidad de pleno derecho no necesita su declaración judicial y en que los funcionarios también aplican la Ley y el Derecho (art. 103.1 CE)”.

5.1.4. La función notarial como instrumento de seguridad preventiva en la contratación con consumidores

El control preventivo del contrato que, a nuestro juicio, se atribuye en esta materia al notario, constituye un pilar insustituible del principio de la seguridad preventiva.

La actuación del notario en el momento de la prestación del consentimiento de las partes, su función de asesoramiento e información, cualifican su actuación en este ámbito concreto de la contratación, que como hemos definido, se caracteriza por una relación asimétrica de los contratantes, tanto en la disposición del contenido del contrato, como y, especialmente, en relación a la información sobre los elementos que van a conformar la adhesión a dicho contenido⁴⁹⁸.

Pero sin desdeñar tan trascendental función, debemos destacar igualmente que el notario ostenta un control de la legalidad preventivo de dicho título, en virtud del cual podrá denegar la autorización de los actos o contratos que sean contrarios a la ley, cuando nos encontremos ante un contrato de consumo.

La función del control de legalidad del acto o contrato en el momento de la autorización no es, como hemos dicho, contraria o sustitutiva del control registral que se realiza a través de la calificación, y que tiene su ámbito en la publicidad a que el Registro va avocado. El control de la legalidad del acto por el notario es previo a la forma; el control de la legalidad registral es posterior y dirigido a la publicidad y oponibilidad frente a terceros. El carácter de funcionario público del notario refuerza el principio de confianza del

⁴⁹⁸ Rotundamente lo sostiene TENA ARREGUI, en relación a la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario: “Únicamente un asesoramiento jurídico imparcial en el momento de contratar, que garantice un consentimiento informado, puede paliar en parte ese desequilibrio. Aquí no se trata sólo de lo que es legal o ilegal, sino de informar del alcance y trascendencia inter partes de las cláusulas propuestas”, TENA ARREGUI, R. (2008), “Hacia un nuevo derecho hipotecario”, en *Estudios sobre la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario*, PÉREZ DE MADRID CARRERA, V. (Coord.), Academia sevillana del notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, pp. 39-40.

consumidor, que no contempla la autorización de un negocio contrario a la ley precisamente por quien es depositario del principio de fe pública y cuya intervención refuerza la seguridad jurídica del tráfico mercantil. De ahí el estupor que causan los límites impuestos a esta función de cribado y limpieza de cláusulas abusivas en los contratos seriados autorizados por los notarios.

Es esta línea se sitúa el pronunciamiento de la STJUE de 1 de octubre de 2015, C-32/14⁴⁹⁹. Razona el Tribunal que la Directiva 93/13/CE no contiene ninguna disposición relativa al papel que puede o debe atribuirse al notario en materia de control de las cláusulas abusivas, ni contempla en qué circunstancias al insertar la apostilla el notario en el documento público, atribuyéndole fuerza ejecutiva, resultaría conveniente hacer extensiva al notario la facultad de ejercer el control del clausulado, atribuciones que competen a la función judicial. El Tribunal analiza la función del notario que le atribuye la Ley del Notariado aplicable, y que contempla de un lado el asesoramiento imparcial de las partes y de otro el control de la legalidad del contrato en el momento de su autorización, comprobando la adecuación al ordenamiento jurídico y también la existencia de cláusulas abusivas, debiendo informar por escrito a los otorgantes cuando exista algún elemento que suscite dudas, normativa que, a juicio del TJUE, “resultan adecuadas para contribuir al cumplimiento de lo que exigen los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13”. Por ello, el que en el momento de insertar la apostilla no exista trámite para el control del clausulado, pudiendo el consumidor acudir a la tutela judicial, supone que la normativa no es contraria a la Directiva⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ La sentencia resuelve la cuestión prejudicial formulada por un tribunal de Budapest referente a la adecuación a la Directiva 93/13/CE de la normativa húngara que permite al notario insertar una apostilla en un documento público que atribuye fuerza ejecutiva a dicho documento, sin que, sin embargo, haya analizado previamente la posible existencia de cláusulas abusivas: “el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite a un notario que ha autorizado, con observancia de todos los requisitos formales, un documento auténtico en el que se formaliza un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, proceder a insertar la apostilla ejecutiva en el documento auténtico o negarse a cancelar la apostilla, sin que se haya examinado, ni en uno ni en otro momento, el eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato”, fundamento jurídico primero.

⁵⁰⁰ “no se oponen a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite a un notario que ha autorizado, con observancia de todos los requisitos formales, un documento auténtico

No es menor la consideración del TJUE sobre la confianza que a los consumidores ofrece la intervención notarial en la legalización del acto:

“Procede declarar que, habida cuenta de la especial confianza que el consumidor deposita generalmente tanto en el notario, en su condición de asesor imparcial, como en el hecho de que los documentos autorizados por éste no incurran en ilegalidad, existe un riesgo nada insignificante de que el consumidor preste menos atención, en el momento de la formalización de dichos documentos, a la posible existencia de cláusulas abusivas y a las consecuencias de un procedimiento simplificado de ejecución forzosa notarial, tal como el controvertido en el litigio principal. Además, cuando se haya iniciado un procedimiento de este tipo a instancia del profesional, puede ocurrir que el consumidor no disponga, sin la intervención del notario, de toda la información necesaria para estar en condiciones de defenderse ante los tribunales nacionales en el marco del procedimiento en cuestión”.

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, a diferencia de las anteriores resoluciones examinadas de la Sala Tercera, ha apoyado sin reservas el deber de notarios y registradores de aplicación de la normativa de protección de consumidores y usuarios, sin pretender la ubicación de dicho control previo de la legalidad del acto en un concreto precepto de la legislación aplicable, sino del conjunto de la normativa de aplicación, incluido el artículo 6 del CC, en tanto “las normas de protección de los consumidores y las exigencias de su interpretación conforme a la legislación europea, contienen una llamada al referido elemento sistemático de interpretación”.

En todo caso, tratándose de un contrato o cláusula nula por ser contraria a la legislación de protección de consumidores y usuarios, recuerda *“las consecuencias que se derivan de los que nuestra doctrina ha venido denominando actos nulos "apud acta", las cuales se imponen de una manera inmediata; entre ellas, la de mandar que los funcionarios se nieguen a prestar*

en el que se formaliza un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor proceder a insertar la apostilla ejecutiva en el documento auténtico o negarse a cancelar la apostilla, sin que se haya examinado, ni en uno ni en otro momento, el eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato”

su colaboración profesional a los títulos jurídicos que sean evidentemente nulos”, STS de 13 de septiembre de 2013⁵⁰¹.

Este control de la adecuación del negocio jurídico a la normativa de protección de consumidores y usuario no permite interpretar que únicamente podrá negar el notario su ministerio cuando se trata de autorizar una cláusula declarada nula por una sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, conforme al contenido del artículo 84 del TRLGDCU. No sólo por la ineficacia práctica de dicho Registro, ya comentada, sino porque dicha interpretación supone negar en absoluto el control preventivo de la legalidad del notario, limitándolo a reflejar el control judicial anterior respecto de una cláusula idéntica⁵⁰². Tampoco permitiría escudar la autorización del acto en la existencia de las advertencias notariales, porque las mismas no pueden amparar sin más la validez de un acto nulo, en la terminología del Tribunal Supremo.

Considera ORDUÑA que existe base legal suficiente para el ejercicio del control de legalidad en esta materia por los notarios⁵⁰³

“la pregunta en torno al contenido o alcance que encierra la función notarial en la intervención de la contratación seriada debe ser respondida en el sentido pleno que desarrolla la tutela preventiva, esto es, de la competencia del Notario para realizar el correspondiente juicio o control de legalidad de la reglamentación predispuesta, objeto del instrumento público en toda su extensión, es decir, tanto respecto a la legalidad formal, como material de la misma.

⁵⁰¹ ROJ: STS 5706/2013.

⁵⁰² MIQUEL comentando el artículo 84 TRLGDCU, *op. cit.* pp. 284, “este precepto es nefasto si se lee a contrario, pues esa lectura es disparatada, porque no sólo las cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación deben ser excluida de las escrituras públicas y de los asientos del Registro de la Propiedad, sino todas las que sean nulas. Lo único que dice ese artículo, rectamente interpretado, es que las cláusulas declaradas nulas por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación no deben ser autorizadas por el notario y tampoco deben ser inscritas por el registrador. No dice nada más de las demás cláusulas abusivas, como obviamente tampoco de las demás cláusulas nulas de pleno derecho por vulnerar los límites generales de la autonomía privada (art. 1255). Es desatinado distinguir, a estos efectos, entre la nulidad de pleno derivada de normas protectoras de consumidores y la nulidad de pleno derecho derivada de otras normas”

⁵⁰³ *Op. cit.*

La respuesta en sentido contrario representa una clara desnaturalización de la función notarial en los términos señalados. Desnaturalización que, por lo demás, carece de argumentación sólida tanto en el plano positivo como en el ámbito de su posible planteamiento conceptual”.

En similar sentido GÓMEZ GÁLLIGO analizando las consecuencias ejecutivas que puede conllevar el documento notarial. Para el citado autor si el negocio jurídico autorizado por el notario es un crédito con garantía hipotecaria, que puede dar lugar al procedimiento de ejecución hipotecaria, con la ya estudiada limitación de los medios de defensa y reacción del deudor frente a la ejecución del bien dado en garantía, el control notarial de la legalidad del contrato cuando intervienen consumidores, no sólo constituye una parte ineludible de la función notarial, sino justificación y sustento del propio procedimiento, lo que evidencia “el papel fundamental, que además justifica y da razón de ser a su intervención: evitar que haya cláusulas abusivas y velar para que exista transparencia en la asunción de riesgos de la operación. El notario debe negarse a autorizar si se pretende la inclusión de cláusulas nulas por abusivas y también cuando el predisponente no haya cumplido con su obligación de transparencia en la información de los riesgos”⁵⁰⁴.

Sin embargo, existen otras voces que constatan la restricción de este deber de control de la legalidad del título en el ámbito de la contratación con consumidores que analizamos, a través de los pronunciamientos jurisprudenciales, lo que exige una previsión normativa expresa que regule la función preventiva de control de la legalidad de los notarios, delimitando los supuestos concretos de cláusulas abusivas con consumidores a fin de evitar

⁵⁰⁴ GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2015), “Control notarial y registral de la legalidad de los préstamos hipotecarios”, en *Vivienda, préstamo y ejecución*, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M./ MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (Coord.), Aranzadi, Navarra, p. 692. Claramente en pp. 691: “si no existe un control previo de legalidad por parte de notarios y registradores de los préstamos hipotecarios, no podrá sostenerse ese procedimiento sumario, lo que redundaría en un perjuicio para el entero sistema económico”.

que la divergencia en la calificación registral incrementa la inseguridad jurídica en la contratación de este tipo de productos⁵⁰⁵.

La indeterminación de algunos de los conceptos que se incorporan a la lista de cláusulas abusivas contenidas en los artículos 85 a 90 del TRLGCU y la posibilidad de que el control notarial previo se extienda a la cláusula general de cierre del artículo 82 del citado Texto Refundido es finalmente la cuestión más controvertida del control preventivo de la legalidad del título al que nos referimos. Mientras que para algunos autores el notario puede y debe interpretar la legislación, incluso en aquellos supuestos en que se incluyan conceptos valorativos en la norma, no tratándose de un mero control de subsunción de la cláusula en el tipo (indemnizaciones desproporcionadamente altas en perjuicio del consumidor, condiciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos a los consumidores, imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido, por ejemplo), otros autores consideran no ya el riesgo de inseguridad jurídica, sino simplemente la improcedencia de dicho control que debe ser reservado a los tribunales.

En un intento de glosa de las facultades de control de las cláusulas abusivas por los notarios, GÓMEZ GÁLLIGO aboga por una ulterior reforma legislativa que incluya la prohibición de autorizar cláusulas contrarias a normas imperativas y prohibitivas, o declaradas abusivas por sentencia firme del Tribunal Supremo, modificación del listado de cláusulas abusivas, incluyendo más cláusulas directamente aplicables (lista negra) fundadas en parámetros objetivos sin necesidad de hacer juicios de valor, con una delegación cada cierto tiempo al Gobierno para que actualice dicha lista⁵⁰⁶. En esta línea se incluye la creación del Órgano de Control de Cláusulas Abusivas (OCCA) por el Consejo General del Notariado, con funciones informativas y consultivas y una página web de información pública. O la

⁵⁰⁵ ALCALÁ DÍAZ, M.A. (2014), “La reforma de la normativa de protección del deudor hipotecario”, en *Hacia un modelo de mercado hipotecario*, Dykinson, Madrid, p. 37.

⁵⁰⁶ *Op. cit.* pp. 767-768.

Resolución de la DGRN de 28 de abril de 2015⁵⁰⁷, que cita GÓMEZ GÁLLIGO⁵⁰⁸, como guía para la función de calificación del notario, en relación con las cláusulas que la citada Resolución considera que no deberán ser objeto de inscripción por los registradores:

1.- cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas expresas y objetivas y, por tanto, nulas de pleno derecho, ya sean éstas de carácter específico (por ejemplo, el pacto comisorio prohibido por el artículo 1859 del Código Civil o el pacto de vencimiento anticipado por la declaración de concurso prohibido por el artículo 61.3 de la Ley Concursal), o referenciadas a los principios generales de la contratación (por ejemplo, el pacto que vulnere de forma objetiva el artículo 1256 del Código Civil o el pacto que excluya o no prevea la facultad de deudor, reconocida en el artículo 1129.3 del Código Civil, de completar la garantía concedida en caso de menoscabo de la misma).

2.-tratándose de préstamos hipotecarios a los que les es aplicable la normativa de protección de los consumidores, adicionalmente se podrán denegar las cláusulas cuya nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores, y aquellas otras cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado directamente de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación, porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3º de la Ley Hipotecaria, con base en la doctrina de la nulidad «apud acta» recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013.

⁵⁰⁷ BOE 1 de junio de 2015.

⁵⁰⁸ *Op. cit.* pp. 768-769.

3.-escrituras de hipotecas respecto de las que no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la forma –normal o reforzada– que, en cada caso, el legislador haya elegido para asegurarse del conocimiento por parte de los usuarios de los productos bancarios, del riesgo financiero que comporta el contrato en general o alguna de las singulares cláusulas financieras o de vencimiento anticipado que lo componen –Orden EHA 2899/2011, artículo 6 de la Ley 1/2013, etc.

4.- respecto de la cláusula de vencimiento anticipado, recogiendo los pronunciamientos jurisprudenciales, la cláusula no debe venir amparada en el incumplimiento de cualquier obligación, incluso extraña a la voluntad del prestatario, irrelevante, contraria a normas positivas o totalmente indeterminada.

5.1.5. La función notarial de asesoramiento y el control de transparencia

Hemos resaltado anteriormente entre las funciones del notariado la labor de asesoramiento imparcial a las partes, contemplada en el artículo 1 del Reglamento Notarial, conforme al cual los notarios como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

La labor de asesoramiento e información notarial ha sido especialmente subrayada por la doctrina. Se trata de un asesoramiento imparcial a ambas partes, que pretende evitar el litigio judicial o al menos reducirlo, mediante la información del contenido del negocio jurídico que las partes celebran, de los efectos prácticos del mismo, posibilitando que el negocio que las partes celebran se ajuste al contenido de la voluntad real de

las partes⁵⁰⁹. Para GALLEGO SÁNCHEZ,⁵¹⁰ este deber de asesoramiento incluye un deber de asesorar en sentido estricto y un deber de informar.

Este asesoramiento tiene carácter compensatorio respecto de la parte en la contratación que se encuentra en una situación de inferioridad con acceso a la información contractual. En al ámbito de la OM 2899/2011 el notario, en el acto del otorgamiento, deberá⁵¹¹:

a) Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha de Información Personalizada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia.

b) En el caso de préstamos a tipo de interés variable, comprobar si el cliente ha recibido la información prevista en los artículos 24, 25 y 26, y advertirle expresamente cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Que el tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere el artículo 27.

2.º Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.

3.º Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiéndole expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre:

⁵⁰⁹ ARANGUREN URIZA, F.J., *op. Cit.* p. 749.

⁵¹⁰ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *op. Cit.* p.75.

⁵¹¹ Artículo 30.

i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia.

ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés.

c) Informar al cliente de cualquier aumento relevante que pudiera producirse en las cuotas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas. En particular deberá advertir de los efectos que la existencia, en su caso, de períodos de carencia tendría en el importe de las cuotas una vez finalizados tales períodos; así mismo, advertirá de la previsible evolución de las mismas cuando se hubieran pactado cuotas crecientes o cuando se hubiera previsto la posibilidad de interrumpir o posponer la amortización del préstamo.

d) Informar al cliente de la eventual obligación de satisfacer a la entidad ciertas cantidades en concepto de compensación por desistimiento o por riesgo de tipo de interés en los términos previstos en los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

e) En el caso de que el préstamo no esté denominado en euros, advertir al cliente sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

f) Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implica para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.

g) En el caso de hipoteca inversa deberá verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente. En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se realice en contra de la recomendación realizada por el asesoramiento independiente, se deberá advertir de este extremo al cliente.

h) Informar al cliente de los costes exactos de su intervención.

Como observa agudamente DÍAZ GARCÍA,⁵¹² prácticamente resultaría inviable que el consumidor firmara el contrato de garantía desinformado, de cumplir el notario con su deber profesional. Y si lo hiciera, quizá su desinformación no podría resultar imputable a la otra parte, al predisponente, sino al mismo fedatario público, quien respondería frente al consumidor de los daños ocasionados por su falta de diligencia.

Sin embargo, la intervención del notario en las escrituras de constitución de créditos con garantía hipotecaria que incluyen una cláusula suelo no ha impedido que el Tribunal Supremo haya apreciado la existencia de defecto de transparencia en la introducción de dichas cláusulas, originando, como hemos expuesto, la declaración de abusividad de la mismas. Para la STS de 8 de septiembre de 2014⁵¹³ “sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia”; doctrina reiterada en la STS de 24 de marzo de 2015⁵¹⁴, conforme a la cual no se infravalora la actuación del notario autorizante de la escritura de préstamo hipotecario:

“Debe tomarse en consideración que el art. 84 TRLCU solo prevé que el notario no autorizará los contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Y que el art. art. 7. 3. 2. c) de la Orden Ministerial de 5

⁵¹² DIAZ GARCÍA, H., *op. cit.* pp. 436-438.

⁵¹³ ROJ: STS 3903/2014.

⁵¹⁴ ROJ: STS 1279/2015.

de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, al prever que el notario advertirá sobre los « [...] límites a la variación del tipo de interés », establece que «en particular cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esta circunstancia, advirtiéndolo de ello a ambas partes ». Y, como se declaró en la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, la razón de considerar abusiva las condiciones generales que establecían la cláusula suelo, objeto de aquella sentencia, no era el desequilibrio entre el suelo y el techo, sino la falta de transparencia en el establecimiento del suelo por debajo del cual no bajaría el tipo de interés variable pactado. Por último, la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada”⁵¹⁵.

⁵¹⁵ Tampoco para la sentencia la doctrina sobre la falta de transparencia de las cláusulas suelo del Alto Tribunal infravalora el contenido y efecto de “la Orden de 5 de mayo de 1994, sino que le otorga la trascendencia adecuada, que es la de garantizar razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor. Pero el cumplimiento de las prescripciones de dicha norma no garantiza, por sí solo, la necesaria transparencia de las condiciones generales que recogen la cláusula suelo, de modo que el consumidor adherente pueda hacerse una idea cabal y suficiente de las importantes consecuencias económicas que puede tener la inserción de dicha cláusula”. Si bien es cierto que en reciente sentencia el Tribunal Supremo parece revisar su propia doctrina, alegando que en una acción individual han de analizarse todas las condiciones y circunstancias concurrentes para declarar la nulidad de una cláusula suelo por defecto de transparencia, ratificando la valoración de la prueba por la Audiencia Provincial del conocimiento y transparencia de la cláusula basada en los hechos recogidos en la propia sentencia: “los hechos acreditados en la instancia ponen en evidencia que la cláusula está introducida y ubicada dentro del contrato de tal forma que no aparece enmascarada ni se diluye la atención del contratante entre otras cláusulas, «sino que se muestra como una cláusula principal del contrato que expresa con meridiana claridad el contenido de la misma que no es otro que los límites al tipo de interés, señalando como límite inferior el 3% nominal anual, que aparecía resaltado en negrilla».

Se añade, a continuación, que la prueba practicada acredita que la cláusula fue negociada individualmente entre los demandantes y la Caja Rural, como lo muestra que se aplicó como suelo un tipo inferior al que venía usando la entidad, y que la notario que autorizó la escritura expresamente advirtió a los contratantes de la cláusula de variación del tipo de interés. A la vista de lo anterior, la sentencia recurrida concluye que los demandantes «conocían con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación de la referida “cláusula suelo”, que negociaron individualmente y terminaron por aceptar en uso de su autonomía negocial.”, STS 9 de marzo de 2017, del Pleno, ROJ: STS 788/2017.

Es cierto que el momento en que se produce la intervención del notario, en el propio acto del otorgamiento de la escritura de constitución del préstamo con garantía hipotecaria, la información realizada al consumidor difícilmente va a permitir una reflexión del mismo sobre las consecuencias de la cláusula suelo o de cualquier otra, no sólo por la complejidad del acto, sino especialmente, porque como es usual, el acto es coetáneo o simultáneo al de la compraventa que se garantiza en la mayor parte de los casos, con lo que la firma del préstamo ya aprobado por la entidad aseguradora, es lo que permite el pago o consumación de la venta de la finca financiada. Y en los casos en que el crédito no va unido a la operación financiada, la autorización por la entidad crediticia de la operación en las condiciones impuestas difícilmente hará retroceder al consumidor en su decisión de firmar, pese al cumplimiento exhaustivo por el notario de su función informadora. Por ello existe una reacción notarial importante que pretende que la labor asesora del notario se retrotraiga al momento previo de la negociación con la entidad crediticia a fin de asegurar desde el principio el conocimiento por el consumidor de las condiciones en que la operación va a ser concedida⁵¹⁶.

A resultas de la STS de 9 de mayo de 2013, la Ley 1/13 de 14 de mayo introduce una cuestionable disposición en su artículo 6, la llamada expresión manuscrita, pretendiendo ahondar en la transparencia de los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda habitual:

1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

⁵¹⁶ Es práctica generalizada incluir en las escrituras notariales la indicación de que el prestatario ha renunciado al derecho de examinar con antelación por sí mismo la escritura con carácter previo al otorgamiento. Es una inserción absolutamente criticable, sobre todo siendo conscientes los propios notarios de la redacción de la escritura conforme a la minuta, y resultando una renuncia de derechos de los consumidores que no se ha expresado de forma personal ante notario en el momento de producirse la misma, sino únicamente cuando ya ha transcurrido el plazo para el examen de la escritura, en el propio acto del otorgamiento.

2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza;

b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien;

c) que se concedan en una o varias divisas.

La concreción de la expresión manuscrita por el Banco de España es del siguiente tenor:

Soy conocedor de que mi préstamo hipotecario:

(i) establece limitaciones [indicar cuál/es: suelos y/o techos] a la variabilidad del tipo de interés;

(ii) lleva asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés [indicar cuál], y

(iii) está concedido en la/s siguiente/s divisa/s [indicar cuál/es].

Además, he sido advertido por la entidad prestamista y por el notario actuante, cada uno dentro de su ámbito de actuación, de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que:

a) el tipo de interés de mi préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado];

b) las eventuales liquidaciones periódicas asociadas al instrumento de cobertura del préstamo pueden ser negativas, y

c) mi préstamo no se expresa en euros y, por lo tanto, el importe en euros que necesitaré para pagar cada cuota variará en función del tipo de cambio de [moneda del préstamo/euro]⁵¹⁷.

No es extraño que a raíz de esta disposición las críticas desde los sectores notariales de hayan producido de forma reiterada. Por lo extraño de la disposición en nuestro ordenamiento jurídico, por la desconfianza a la función asesora y de información del notariado, pretendiendo suplir a través de la escritura manuscrita la información personalizada y directa del notario al consumidor; y por la inutilidad en definitiva de la expresión manuscrita, atendido a que en el momento del otorgamiento, siendo la obligación de información y deber del predisponente con carácter precontractual, difícilmente se apreciará la utilidad de la citada expresión manuscrita, salvo que con ella se quiera blindar la actuación de las entidades bancarias en una eventual acción judicial por defecto de transparencia, reduciendo la apreciación del juzgadora a la constatación de la inserción de la cláusula en el contrato⁵¹⁸.

⁵¹⁷ Guía de acceso al préstamo hipotecario publicada por el Banco de España.

⁵¹⁸ Observan JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN, K. y CASTILLO PARRILLA, J.A. (2015), “La cláusula de renuncia a la expresión manuscrita (a propósito de la RDGRN de 12 de marzo de 2015)”, en *Vivienda, préstamo y ejecución*, Aranzadi, Navarra, p. 242, “una cierta similitud del artículo 6 de la Ley 1/2013 con el artículo 79 bis, apartado séptimo, de la Ley de Mercado de Valores: “la exigencia de la expresión manuscrita en algunos supuestos, pudiendo ser determinados los términos de la expresión manuscrita por un órgano administrativo del sector. Con la expresión manuscrita se pretende en ambos supuestos que el cliente tenga conocimiento sobre el alcance de ciertos aspectos de la operación que suscriba. Ambas normas, además, protegen no sólo al cliente sino también a las entidades (inversora y financiera) en la medida en que el cliente, una vez ha redactado dicho texto manuscrito, no podrá decir que desconocía el contenido. Sin embargo, la inclusión de la expresión manuscrita en el caso del artículo 79 bis.7 LMV es un mecanismo de carácter subsidiario (para cuando la entidad de crédito haya advertido al cliente de que el producto financiero no le resulta conveniente o no haya sido posible evaluarle en los términos previstos y éste persiste en su contratación), a diferencia de lo que ocurre con respecto al artículo 8 de la Ley 1/2013 que resulta aplicable en todo caso y sin necesidad de que se cumpla condición previa alguna”. Para ALCALÁ DÍAZ, M.A., *op. cit.* p. 21, “no queda claro en este sentido si cumplidas estas exigencias, podrá revisarse judicialmente el contenido material de la cláusula, con base en su eventual carácter abusivo”. De mecanismo “grotesco” la califica PIZARRO MORENO, E. (2015), “La expresión manuscrita en las cláusulas hipotecarias como símbolo de la modernidad”, en *Vivienda, préstamo y ejecución*, Aranzadi, Navarra, p. 884, por varias razones “no resuelve hacia el pasado el problema de las cláusulas que se firmaron; segundo, lleva la “solución” a un momento límite (¿quién en su sano juicio, en ese instante, minutos previos a recibir la liquidez bancaria en situación casi seguro compleja desde el punto de vista económico, dejará de firmar la póliza de préstamo por más que se incluya y se exponga la aclaración?); en tercer lugar, ¿obvia el legislador que la expresión manuscrita no es el remedio judicial para que las cláusulas suelos no se conviertan en una razón más de colapso judicial?; de seguido, tampoco es certeza de garantía que la expresión manuscrita, llegada al filtro judicial, se valide al punto de considerarla apta para que no se produzca vicio de consentimiento; por último, la práctica revela que el papel del Registrador en la inscripción está comprometiendo, sobremanera, a través del análisis de la legalidad del todopoderoso artículos 18 de la Ley Hipotecaria,

A nuestro juicio la técnica impuesta por el legislador no deberá en todos los casos impedir el control de una cláusula como la cláusula suelo por defecto de transparencia, pues en realidad, no supone más que una redundancia a la información ya consignada en las escrituras notariales sobre la información de la existencia en el préstamo de una cláusula de limitación del interés. La redacción del modelo de expresión manuscrita no añade comprensibilidad real del contenido de la cláusula al consumidor, y no debería incluir una noticia superior a la derivada de la información notarial, sin perjuicio de provocar no pocos conflictos en su redacción con ciertos consumidores que se negaran o no pudieren escribir dicha expresión.

La información debe, en efecto, residenciarse en un momento previo, el momento de la oferta de las condiciones del préstamo por la entidad crediticia. Porque en sí, esta limitación a la variabilidad del interés no es sino el precio mínimo de la operación por la entidad bancaria, el coste mínimo que cualquiera que sea el índice de referencia o el diferencial aplicable que se consiguiera negociar, el banco cobrará por el préstamo. Si esta información, que es fácilmente resaltable en el contrato y en la propia entidad crediticia, se exigiera en tales términos, no sólo se hubieran evitado los problemas que hoy padecemos derivados de la elevada litigiosidad de la cláusula suelo, sino que se hubiera redundado en una clara y transparente competitividad entre las entidades crediticias a la hora de la oferta de sus productos financieros, con los beneficios en definitiva derivados al sistema financiero.

la viabilidad técnica de la expresión manuscrita en muchos casos”. Para ARANGUREN URRIZA, F.J., *op. cit.* pp. 782, “el legislador adopta una medida populista: a quien aparentemente quiere proteger el precepto es al consumidor. Pero esta protección no es efectiva. La expresión manuscrita no es sino un “dictado”. El prestatario se limita a copiar el modelo de declaración del Banco o de España diciendo que entiende y lo hará aunque se trate de un chino o de un analfabeto funcional, lo que en ningún caso asegura la transparencia de la cláusula, cuestión objetiva y que se refiere a la redacción clara y adecuada para ser comprendida”.

5.2. El control registral de la legalidad del título ejecutivo

La necesidad, ya estudiada, de la inscripción de la hipoteca para su oponibilidad y ejecutividad concede a la inscripción de la escritura pública de otorgamiento de la garantía una trascendencia especial, habida cuenta de la correspondencia de la ejecución hipotecaria con el contenido del asiento registral consagrada por el artículo 130 de la LH⁵¹⁹ y de la capital importancia en orden a la oponibilidad del asiento de la calificación del registral. Decía CHICO Y ORTIZ que

“si la seguridad del tráfico fundamenta el principio de publicidad en cuya virtud se protege al adquirente que de buena fe cree en los pronunciamientos registrales, es evidente que este artilugio legal o este drástico efecto, que supera el principio romano del *nemo dat quod non habet*, tiene que estar basado, a su vez, en premisas fundamentales que sirvan de apoyo a tan trascendental protección. Una de estas premisas, quizá la más fundamental, es la que considera necesario controlar, vigilar, censurar, el posible acto inscribible para que sólo los asientos que se extiendan en los libros registrales revelen o publiquen los actos que sean válidos con arreglo a la ley que los regula. Sólo partiendo de esta premisa decisiva del acto válido se puede llegar a la conclusión de la protección a ultranza del tercero que confía en la publicidad registral”⁵²⁰.

Si bien el ámbito del Registro de la Propiedad es el de la publicidad en orden a la seguridad del tráfico, la correlación entre el asiento registral y la ejecución hipotecaria, en el particular caso de la inscripción de la hipoteca, atribuye al Registrador de la Propiedad una privilegiada posición respecto del control preventivo de la legalidad del título que venimos postulando. La

⁵¹⁹ “El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo”.

⁵²⁰ CHICO Y ORTIZ, J.M. (1973), “Presente y futuro del principio de calificación registral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pp. 579-580.

función esencial de la hipoteca, la garantía del crédito asegurado, va a venir constreñida en el momento de la ejecución hipotecaria al contenido publicitado en el Registro de la Propiedad; con lo que un control eficaz y efectivo de clausulado de adhesión en el caso de que la contratación se celebre con consumidores evitará que una eventual ejecución ulterior se tiña de incidentes relativos a la validez de las citadas cláusulas con la afectación al principio de seguridad en la ejecución que apreciamos en la actualidad. En esta línea se encuentran, como veremos, las últimas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, reforzando el papel preventivo y tutelar de los consumidores de la calificación del Registrador.

5.2.1. Caracteres del sistema registral español

Antes de entrar a valorar el alcance de la calificación registral en la protección preventiva de los consumidores respecto de la ejecución hipotecaria, conviene realizar un examen sucinto a las características definitorias de nuestro sistema registral.

Tradicionalmente los sistemas registrales se clasifican de acuerdo con la eficacia que la inscripción desempeña respecto del acto o título inscrito. Y así se distinguen los sistemas de inoponibilidad o transcripción, del que el exponente principal es el sistema registral francés; los sistemas que atribuyen presunción iuris et de iure de exactitud a lo registrado, y de legitimación registral, como el sistema alemán; y los sistemas de inatacabilidad de lo registrado, salvo causas tasadas, para el titular registral, como el sistema australiano⁵²¹. La eficacia de la inscripción ha conducido a la denominación de los sistemas del tipo francés como sistema de inoponibilidad de lo no

⁵²¹ ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS (1995), *Derecho hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, Tomo I, Edit. Bosch, Barcelona, p. 13.

registrado; los de tipo alemán como sistemas de desenvolvimiento técnico; y los de tipo australiano como sistemas de inmatriculación⁵²².

El sistema de inoponibilidad o francés prima la realidad extrarregistral salvo en el caso de incompatibilidad de derechos, resuelto a través de la no oponibilidad de lo no inscrito. Los derechos nacen y se desenvuelven al margen del Registro de la Propiedad. La inscripción del derecho supone, especialmente en el caso de la doble transmisión o titularidades incompatibles, la no oponibilidad del título no inscrito, por lo que la incompatibilidad de los títulos viene a resolverse a través del principio de prioridad registral. Como explica GORDILLO CAÑAS más que derechos se publican títulos con el resultado de discernir entre los compradores cuál es el que llega a adquirir en caso de una finca dos o más veces vendida⁵²³. El sistema no va dirigido a hacer exacto el contenido del Registro, sino a que no sean oponibles frente al adquirente aquellas titularidades no trascritas en el Registro, de ahí su denominación de sistema de inoponibilidad⁵²⁴. Por ello la protección que el Registro ofrece no parte de la validez del acto inscrito, sino exclusivamente de su *transcripción* o publicación, de forma que el Registro confía únicamente en la prioridad registral como mecanismo de protección del adquirente⁵²⁵. Por tanto, no se garantiza al adquirente la validez del título de

⁵²² ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS (1995), *Derecho hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, Tomo I, *op. cit.* p. 20.

⁵²³ GORDILLO CAÑAS, A. (1995), “Las peculiaridades de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latinos y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica”, *Anuario de Derecho Civil*, pp. 65-66.

⁵²⁴ LACRUZ BERDEJO y OTROS, *Elementos de derecho civil, Sistema Inmobiliario Registral*, *op. cit.* p. 17.

⁵²⁵ “Lo registrado se apoya decisivamente en la pura prioridad registral, por concentrar la energía protectora en el solo hecho de acudir antes a registral el título sujeto a transcripción. Por no exigirse más que registrar los títulos, exclusivamente arranca de la transcripción la protección que el Registro brinda. El legislador considera que esto es suficiente para asegurar el tráfico jurídico inmobiliario y fomentar el crédito territorial, pues esa simplicidad del único resorte protector de las adquisiciones, siempre que sean válidas, se estima bastante para evitar a priori dudas, cuestiones o litigios, al no tener que tomar en consideración la calidad de los títulos registrables y el estado psíquico de los terceros adquirentes que pugnan por prevalecer cuando se trata de títulos incompatibles. Para resolver el conflicto es suficiente atenerse, en estos sistemas, al simple dato de cuál de los varios títulos registrables tuvo antes su ingreso registral. La transcripción es, por tanto, un dispositivo puesto al alcance de los varios títulos en pugna, mediante dar a todos los titulares igualdad de oportunidades para alcanzar resultado tan sencillo como el de presentar los títulos al Registro” ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. *Derecho hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, Tomo I, *op. cit.* pp. 16.

su transmitente, sino que no le serán oponible los actos de enajenación realizados por aquél que no hayan sido transcritos en el Registro⁵²⁶.

Frente a este sistema registral, el sistema de desenvolvimiento técnico o alemán quiere asegurar a ultranza la exactitud de la seguridad del tráfico, lo que se consigue a través de la presunción de exactitud del Registro de la Propiedad. El tercero que adquiere en ciertas condiciones de quien aparece en el Registro de la Propiedad como titular va a ser mantenido en su adquisición, aun cuando la titularidad registral de su transmitente resulte finalmente no ser válida o no corresponder con la realidad. La presunción de exactitud registral convierte finalmente al Registro, por la protección del tercero que adquiere de quien aparece en el mismo como titular registral, en exacto. Si bien ello es posible, como explica GORDILLO CAÑAS, por la existencia de un peculiar sistema de adquisición de los derechos reales, que disocia el acuerdo de transmisión del acto traslativo; por la eficacia constitutiva de la inscripción en las adquisiciones inter vivos; y por el sistema de encasillamiento y *numerus clausus* de los derechos reales⁵²⁷. Frente al carácter negativo o de inoponibilidad del sistema francés, el sistema registral alemán supone una presunción positiva de veracidad, garantiza la realidad registral a través del mecanismo de la fe pública registral y la presunción *iuris et de iure* de la titularidad del transmitente que resulta inscrita para el adquirente de buena fe⁵²⁸.

El sistema australiano o de Acta Torrens, hace inatacable lo registrado, produciendo los mismos o similares efectos en favor del adquirente que el sistema alemán⁵²⁹, aun cuando a través de un mecanismo diferente: el

⁵²⁶ SÁNCHEZ CALERO. F.J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBA, B. (2015), *Manual de derecho inmobiliario registral*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 25: “el Registro no garantiza la titularidad del transmitente o su exactitud, sólo garantiza al adquirente que los actos de enajenación y gravamen realizados por aquél y no transcritos no podrán serle opuestos. El hecho de no existir transcrita en el Registro ninguna enajenación del transmitente es lo que hace pensar que éste conserva todavía su derecho. De ahí que el adquirente que transcribe su adquisición sólo está protegido frente a la transmisión antecedente no transcrita si efectivamente la desconocía”.

⁵²⁷ GORDILLO CAÑAS, A., *Las peculiaridades de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latinos y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica*, op. cit. pp. 73-74.

⁵²⁸ SÁNCHEZ CALERO. F.J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBA, B., op. cit. p. 26.

⁵²⁹ LACRUZ BERDEJO y OTROS, *Elementos de derecho civil, Sistema inmobiliario registral*, op. cit. p. 22.

Registrador, una vez inmatriculada la finca, o en el caso de una transmisión, expide al adquirente o titular un título nuevo y diferente del de la adquisición, que hace perder la eficacia a todos los anteriores, y que devendrá documento inatacable de la titularidad sobre el bien inmueble. Para enajenar o gravar una finca inmatriculada es suficiente que los contratantes llenen o escriban un impreso o modelo oficial, remitiéndolo junto con el título al Registrador, el cual, previa calificación, expide un nuevo título al adquirente en caso de enajenación, o hace constar en él la existencia del gravamen⁵³⁰. La función del Registro de la Propiedad es la intacabilidad del título⁵³¹.

Nuestro sistema registral ha sido incardinado tradicionalmente en el modelo germánico a través de la consagración en el mismo de los principios de legitimación registral y de la protección del tercero registral. Pero en nuestro Derecho la inscripción no tiene carácter constitutivo, con carácter general, y la adquisición de los derechos reales se produce al margen del Registro de la Propiedad a través del título y el modo, sistema causalista de la adquisición del derecho distinto de la abstracción derivada del modo de adquisición de los derechos reales en el Derecho alemán⁵³². En nuestro

⁵³⁰ SÁNCHEZ CALERO, F.J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBA, B., *op. cit.* pp. 26-27.

⁵³¹ LACRUZ BERDEJO y OTROS analizan igualmente los sistemas registrales inglés y norteamericano. El primero se organiza en torno a dos registros: un sistema de cargas sobre los inmuebles y un registro de títulos, que no registra documentos sino titularidades. En relación al sistema registral norteamericano existe un registro de actos y contratos relativos a inmuebles, que no indaga sobre la validez jurídica del acto o contrato publicado, que deja a la investigación y actuación de los abogados, y en última instancia a la cobertura a través de un seguro, existiendo asimismo un sistema de inscripción de títulos con base en pronunciamientos judiciales, *op. cit.* pp. 23-25.

⁵³² En los sistemas causalistas la validez de la transferencia de la propiedad dependerá de la validez del contrato que genera la obligación de transmitir. En los sistemas abstractos la transmisión del derecho real será válida incluso aunque el contrato que la genere fuese nulo, no hay conexión directa entre el contrato y la transmisión; si existía el acuerdo real, el nuevo propietario no dejará de serlo por la nulidad del contrato que le sirve de base, aunque existe el derecho del vendedor a reclamar la retransmisión, en virtud de una acción personal, CÁMARA LAPUENTE, S. (2004), “Los sistemas registrales en el marco del Derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 57, n° 3, p. 946.

El valor de la inscripción en orden a la eficacia del derecho real puede, asimismo, dar lugar a tres sistemas registrales diferentes: 1.- sistemas en los cuales la inscripción puede ser obligatoria, pero de carácter declarativo, en los que la transferencia de los derechos sobre la propiedad inmobiliaria se produce fuera del Registro, aunque se incorpore bajo amenaza de multa o de responsabilidad por daños, la obligación de inscribir para conseguir que el Registro sea lo más completo posible y reforzar el principio de inoponibilidad, de modo que lo no publicado no pueda ser opuesto a tercero; 2.- sistemas de inscripción constitutiva en los cuales la constitución, modificación y transmisión de los derechos reales sobre inmuebles se produce tras la necesaria inscripción, de modo que el derecho real no nace a partir del puro contrato; 3.- sistemas en los que la inscripción es voluntaria y declarativa, como el nuestro, en los cuales el principio de la inoponibilidad se formula sin introducir la inscripción obligatoria no constitutiva, salvo respecto de las hipotecas, aun cuando esta inscripción resulta imprescindible para obtener la plena eficacia frente a terceros, CÁMARA LAPUENTE, S., *Los sistemas registrales en el*

sistema registral el tercero que goza de la protección registral es el llamado tercero hipotecario. En palabras de GORDILLO CAÑAS lo que en sí era sólo apariencia, valdrá para el tercero de buena fe como si fuera la realidad ⁵³³.

marco del Derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos, op. cit. pp. 948-950.

⁵³³ GORDILLO CAÑAS, A. *Las peculiaridades de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latinos y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica, op. cit. p. 30.* El artículo 34 LH en las llamadas adquisiciones a non domino, exige la concurrencia del principio de la buena fe del tercero que adquiere confiado en el Registro de la Propiedad y la adquisición de quien resulta como titular en el Registro, así como la posterior inscripción de su derecho, para que la fe pública registral llegue a purgar los defectos del título del transmitente. La STS de 10 de abril de 2015 (ROJ: STS 2215/2015) sostiene que “la confianza puesta en la exactitud de la información registral y sus efectos derivados se articulan, necesariamente, desde la concurrencia secuencial que proporciona la previa inscripción registral del derecho del transferente, como germen de la confianza depositada, y la proyección del principio de buena fe como presupuesto o justificación de la protección registral dispensada, esto es, como germen que purifica los posibles defectos del título de transmitente; de modo que desde la concurrencia secuencial de estas propuestas o requisitos se explica el desarrollo técnico de la situación inatacable del tercero hipotecario como beneficiario de la fe pública registral”; o la STS de 5 de mayo de 2007 (ROJ: STS 2563/2008) citando la sentencia del Pleno de 5 de marzo de 2007, para la cual “la doctrina sobre el artículo 34 de Ley Hipotecaria que procede dejar sentada comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara las adquisiciones a non domino precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritariamente por esta Sala; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente. Esto último se comprende mejor si la conjunción “aunque” se interpreta como equivalente a “incluso cuando”, o imaginando antes de aquélla un punto y coma en vez de una coma, y mejor aún si se recuerda que la Ley de 30 de diciembre de 1944, de reforma hipotecaria, antecedente inmediato del vigente Texto Refundido aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946, suprimió el artículo 23 de la ley anterior, equivalente al 32 del vigente texto, por considerarlo innecesario tras el fortalecimiento de la posición del tercero del artículo 34 y la consagración del principio de la fe pública registral como elemento básico del sistema. Por eso el preámbulo de dicha ley reformadora, al explicar la precisión del concepto de “tercero” que se llevaba a cabo en el artículo 34, aclaraba que por tal se entendería “únicamente al tercer adquirente es decir, al causahabiente de un titular registral por vía onerosa. Podría, es verdad, haberse sustituido la palabra ‘tercero’ por la de ‘adquirente’, pero se ha estimado más indicado mantener un término habitual en nuestro lenguaje legislativo”.

No podemos obviar la mención a la polémica doctrinal sobre la tesis monista o dualista del tercero hipotecario protegido por nuestro sistema registral a la vista de la regulación de los artículos 32 y 34 de la LH. Según la tesis monista el tercero al que no le es oponible el título no inscrito del artículo 32 de la LH debe reunir los mismos requisitos que el tercero del artículo 34 de la LH respecto de la llamada adquisición a non domino, esto es, la buena fe y la adquisición onerosa de quien aparece inscrito en el Registro de la Propiedad; para los segundos, el artículo 32 es manifestación del principio de inoponibilidad del sistema de transcripción o francés, con lo que no le es exigible a dicho tercero requisitos añadidos para gozar de la protección derivada de la apariencia registral. Un estudio sobre la cuestión puede verse en VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (2005), “Publicidad registral, seguridad del mercado y Estado social”, *Anuario de Derecho Civil*, pp. 1509-1573, para quien, alineándose en la tesis monista, sin embargo, la interpretación aséptica y abstracta del tercero hipotecario puede dar lugar a situaciones contrarias a principios constitucionales, cuando, en el supuesto analizado, entra el lid la vivienda habitual de quien tiene la condición de consumidor: “En tal caso nos planteamos si se debe entrar a discernir las situaciones en las que se pueden encontrar los sujetos indiferenciados protagonistas de dicho conflicto, de tal modo que deba valorarse con distinto criterio la protección que se le ha de deparar a aquél que destina tal bien a vivienda respecto de otro para el que el inmueble no cumple tal finalidad; sobre todo, si este último es una empresa que ha adquirido el inmueble mediante contrato o ejecución judicial a la sociedad promotora o constructora de las viviendas de tal modo, que los adquirentes de los pisos que no han accedido aún al Registro se ven sorprendidos con el hecho de que un tercero deviene propietario de los mismos por cumplir los requisitos del artículo 34 LH”.

Para GORDILLO CAÑAS, “tres son las bases desde las que se levanta nuestro sistema: La teoría del título y el modo, la consideración de la inscripción registral como cuestión de forma –externa de suyo y ajena al proceso transmisivo –, y la ponderación ético-jurídica del comportamiento de quienes dilucidan en torno a la publicidad sus intereses en pugna: la negligencia –normalmente –de quien dejó de inscribir y, sobre todo, la buena fe de quien confió en el Registro”⁵³⁴.

Caracterizado en estos términos podemos intentar perfilar las notas definitorias de nuestro sistema registral:

- En primer lugar, como hemos indicado, la inscripción no va tener carácter constitutivo, salvo las especialidades indicadas para la hipoteca, pero tampoco obligatoria.

- No puede predicarse de nuestro Derecho registral la existencia de un principio del consentimiento en la inscripción, como en el Derecho alemán, en que la misma se produce cuando la aprueba o da y conformidad a ella la persona cuyo derecho se ve afectado por ella. Es nuestro Derecho registral un sistema de inscripción de títulos, lo que hace referencia a que no únicamente el documento en que se materializa el acto o negocio jurídico inscribible, sino especialmente, al propio acto o negocio que quiere acceder a la publicidad registral. Por ello la inscripción no se vincula al consentimiento para su producción, sino a la realidad jurídico material que se pretende inscribir.

- Existen una serie de principios registrales de carácter formal, entre los cuales la doctrina sitúa el principio de tracto sucesivo, que requiere una continuidad entre el acto inscrito y el que aparece en el Registro como causa del mismo; el principio de rogación, para iniciar el procedimiento registral; el principio clásico de la prioridad registral; el principio de especialidad; el principio de cierre registral o el de folio real en orden a la organización del propio Registro.

⁵³⁴ GORDILLO CAÑAS, A. *Las peculiaridades de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latinos y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica*, op. cit. pp. 70 -71.

- Junto a ellos, los principios inspiradores del sistema registral español suelen agruparse en los llamados principios de legitimación registral, de legalidad, de fe pública registral y de publicidad.

La base del principio de legitimación registral es la presunción de exactitud del Registro de la Propiedad. Siendo un instrumento de seguridad del tráfico pretende mostrar la realidad extrarregistral y amparar la confianza de la contratación en el mismo, por lo que debe presumirse la existencia del derecho en la forma publicada por el Registro de la Propiedad y la pertenencia a su titular en dicha forma. Su plasmación legal se encuentra especialmente en el artículo 38 de la LH, con carácter de presunción iuris tantum, de forma que, tal como expresa el artículo 33 de la LH, la inscripción no convalida inter partes el negocio nulo⁵³⁵. Como explica GARCÍA GARCÍA es un principio que sólo se justifica por la calificación registral del título por el Registrador, de forma que, si se va a mantener la presunción de la existencia y validez del título inscrito a favor del titular registral, apelando como justificación a la seguridad jurídica, “carecería de fundamento si no existiera la calificación registral, pues si el asiento se extiende sin un examen de comprobación de la legalidad o validez del título, no se explica que luego la ley le conceda esa presunción de legalidad y validez. La única explicación que no conduzca al absurdo es por la indicada razón de que el Registrador hace una completa calificación de la legalidad del documento en todos sus aspectos posibles”⁵³⁶. Este principio trasciende además el tráfico jurídico y atribuye en ciertos procesos, la legitimación al titular registral, como en los supuestos del artículo 41 o el ya citado artículo 130 de la LH.

Viene a constituir una dispensa probatoria para el titular registral de la acreditación de su derecho en los términos que constan registralmente

⁵³⁵ “ratificando el carácter de mera presunción iuris tantum que el art. 38 de la Ley Hipotecaria otorga a la legitimación registral, el art. 33 dispone nítidamente que “La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes”. Es decir, la nulidad (en sentido amplio) o ineficacia de un negocio de transmisión cualquiera y en virtud de cualquier causa, no desaparecen por el mero hecho de que el adquirente inscriba a su favor. Inter partes, pues, la inscripción carece de fuerza sanatoria alguna”, LASARTE, C., *Derecho reales, Derecho hipotecario, Principios de derecho civil V, op. cit.* p. 317.

⁵³⁶ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario, op. cit.* p. 2278.

inscritos, lo que supone trasladar el *onus probandi* a la parte que lo contradiga. Pero también constituye una presunción posesoria del titular registral, que se extiende también al poder de disposición del mismo sobre el derecho inscrito⁵³⁷.

Junto al principio de legitimación registral, se levanta como piedra angular del sistema registral el principio de la fe pública registral, cuyo exponente fundamental es el referido artículo 34 LH. Es, en palabras de LASARTE, un peldaño más en la seguridad jurídica, que conlleva presumir la exactitud de la información registral, pero también su integridad, mediante la protección del tercero *de buena fe* adquirente conforme al Registro⁵³⁸.

Fe pública significa confianza en la exactitud registral⁵³⁹, y como tal, supera la mera inoponibilidad negativa de los sistemas de transcripción enunciados, para incorporar a nuestro sistema procesal la protección de la adquisición amparada en la publicidad registral, protección positiva, en los términos del artículo 34 LH, del tercero de buena fe, que será mantenido en

⁵³⁷ El Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de mayo de 2011 (ROJ: STS 2900/2011) considera que el artículo 38 LH “es expresión de la presunción de exactitud registral y se conoce como principio de legitimación registral (que es la eficacia defensiva de la inscripción) y presume que los derechos inscritos existen y pertenecen al titular registral, pero se trata de una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario”; y la STS de 16 de julio de 2001 (ROJ: STS 6201/2001) que cita, razona que “el art. 38 de la Ley Hipotecaria dispone en el inciso primero del párrafo primero que “los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo”. Este principio, manifestación del de la fe pública registral y denominada de legitimación registral para diferenciarlo del de fe pública registral en su versión estricta (art. 34 LH), contiene según jurisprudencia pacífica una presunción legal “*iuris tantum*”, que, por consiguiente, dispensa de prueba al favorecido por ella (art. 1250) si bien la parte contraria puede desvirtuar la presunción de exactitud del contenido registral demostrando que no se ajusta a la realidad mediante la prueba en contrario (Sentencias, entre otras, 22 febrero 1963, 4 enero 1982, 16 septiembre 1985, 23 mayo 1989 (dos sentencias), 11 junio 1991, 8 mayo y 23 diciembre 1992, 8 marzo y 21 abril 1993; 21 junio y 4 noviembre 1994, 17 febrero y 20 marzo 1998 y 31 diciembre 1999), sin que nada obste a que pueda destruirse la apariencia extrarregistral mediante la convicción obtenida de presunciones “*hominis*” (la presunción está sometida a materia de juicio y simple elemento de prueba a conjugar con los restantes: SS. 2 septiembre 1982 y 21 junio 1994).”

⁵³⁸ “escalando un peldaño en la seguridad del tráfico, la llamada fe pública registral (elevada a su vez, como tantas reglas, a la condición de principio) tiene por objeto fundamental establece que el Registro no es sólo exacto, sino que también es íntegro y que, en consecuencia, cualquiera puede confiar en sus “declaraciones incontrovertibles”, indiscutibles en beneficio de los terceros adquirentes que hayan confiado en ella”, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derechos reales y derecho hipotecario, Principios de derecho Civil V, op. cit.* p. 322.

⁵³⁹ “La fe pública registral, en cuanto exponente del efecto *quoad tertios* de la publicidad y exigencia de la seguridad del tráfico inmobiliario que el Registro se propone lograr y garantizar, constituye un principio hipotecario –el más importante, sin duda –, de naturaleza neta e inequívocamente «germánica» y que, superando con mucho el efecto negativo y preclusivo de la publicidad «latina», se traduce en una presunción *iuris et de jure* o en una ficción, como tantas veces se dice 6, de exactitud y de integridad del Registro”, GORDILLO CAÑAS, A. (2006), “El principio de fe pública registral I”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, nº 2, p. 511.

su derecho, a pesar de los defectos, inexistencia o invalidez del título de su transmitente⁵⁴⁰.

Completando, por tanto, el principio de legitimación registral, el de fe pública registral viene a reforzar la exactitud del Registro de la Propiedad, sosteniendo la confianza en la realidad de lo publicado, en la *protección de la apariencia* a la que se refiere reiteradamente GORDILLO CAÑAS, y que no es sino el refuerzo del principio de seguridad jurídica del artículo 9 de la CE, en su manifestación del principio de seguridad del tráfico entre los particulares, en palabras ya citadas de DÍEZ-PICAZO⁵⁴¹. Si bien, en todo caso, exigiendo al tercero el contenido moral de la existencia de buena fe para la protección dispensada por la apariencia registral.

El principio de publicidad es la esencia del Registro de la Propiedad. No influye el Registro en la adquisición, modificación o extinción de los derechos reales, pero sí ofrece la publicidad erga omnes la oponibilidad de lo inscrito y la protección, en los términos indicados, de quien inscribe y quien confía en la apariencia derivada del asiento registral. Debemos tener en

⁵⁴⁰ En este sentido GORDILLO CAÑAS, A. (2004), “El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema registral”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 57, n° 2, pp. 394-395: “El principio registral de la inoponibilidad expresa el genuino efecto protector de la publicidad en los sistemas registrales latinos, y, formando bloque con el de prioridad, se introduce en la preferencia del derecho –aunque posterior –inscrito sobre el anterior que se dejó de inscribir. El de fe pública registral, en cambio, denota la protección del derecho que se adquiere confiando en lo que sobre el mismo publica el Registro. Este último, que por lo se acaba de decir presupone la previa inscripción del derecho que se va adquirir, se traduce en la llamada “adquisición a non domino”: una adquisición que para ser válida no necesita traer causa del verdadero dueño de la cosa adquirida, y que para ser definitivamente inatacable y firme no necesita esperar a la usucapión. La fe pública registral es así el fruto más consciente y logrado de una publicidad registral que, para poder producirlo, ha tenido que desarrollarse técnicamente, y que, para lograrlo, puede ser calificada como publicidad positiva”.

⁵⁴¹ “se trata de conseguir que el desarrollo de los negocios y de las transacciones se realicen en un ordenamiento jurídico que esté dominado por la idea de seguridad. Dotar de seguridad a los negocios significa favorecerlos, y con ello una buena parte del desarrollo económico de toda la colectividad, que en tales negocios encuentra su fundamento. Desde este punto de vista, hemos señalado que seguridad jurídica no es sólo exigibilidad o certidumbre del sistema normativo aplicable al caso, sino que es también seguridad de los derechos subjetivos pertenecientes a particulares, porque se considera de justicia que se respete la titularidad dominical o de cualquier otro derecho perteneciente a una persona. En ese punto, seguridad jurídica y seguridad de los derechos se liga inevitablemente con “seguridad del tráfico”. Como se ha dicho, el tráfico exige que la persona que interviene en él no tenga que llevar a cabo investigaciones agotadoras de los títulos del que negocia con ella, y que no tenga que ir más allá de lo razonable. Por consiguiente, la oportunidad de no quedar expuesto a pretensiones de fundamentos desconocidos o inesperados, la inmunidad frente a este tipo de pretensiones es una regla con una carga clara de seguridad jurídica. Es perfectamente claro también, que todos los mecanismos que tienden a formalizar inscripciones registrales en los registros públicos con el fin de que frente a los terceros puedan jugar, con ella, un principio o una pretensión de exactitud registral, persigue la misma finalidad”. DÍEZ-PICAZO, L. *Controles públicos y tráfico privados*, op. cit.

cuenta que nuestro Registro de la Propiedad no publica derechos, sino “actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles” (art. 1 LH) o títulos (art. 2 LH) referidos a los actos y contratos enumerados en la norma. El concepto de título, como ya hemos hecho referencia, hace mención de un lado, al documento, respecto del cual el Registrador analizará y *calificará* sus formalidades externas. Pero hace asimismo referencia al acto y contrato que accede al Registro, lo cual nos lleva directamente al ámbito del principio de legalidad, o al alcance de la calificación registral. La publicidad registral atribuye efectos externos, erga omnes, a un acto privado o particular, respecto de aquellas cláusulas que, con trascendencia real, se incorporen al asiento. Desde dicho momento la totalidad de los efectos registrales serán de aplicación, y el asiento se presumirá exacto mientras tanto no se declare su inexactitud, estando bajo la salvaguardia de los tribunales de justicia. Se requiere por tanto de una actividad por parte del Registrador de la Propiedad de control de la legalidad externa e interna del acto o título inscribible, pues fallaría la confianza en el sistema si el Registro publicara títulos inválidos o nulos. Por ello es el principio de legalidad que inspira la calificación registral la base de la presunción de exactitud del Registro con los efectos legitimadores y de fe pública registral: la confianza en que la apariencia dispensada por el Registro de la Propiedad lo es de actos válidos en derecho⁵⁴².

⁵⁴² GARCÍA GARCÍA afirmaba que el contenido del “artículo 34 LH carecería de justificación si su inatacabilidad no se apoyara en el control de legalidad de la inscripción en virtud de la calificación registral”, *op. cit.* p. 2280. En el mismo sentido BLANQUER UBEROS, *op. cit.* pp. 17, “el principio de legalidad es el que impone que los títulos que pretendan su inscripción en el Registro de la Propiedad sean sometidos a un previo examen, verificación o calificación, a fin de que en los libros hipotecarios solamente tengan acceso los títulos válidos y perfectos. En nuestro sistema los asientos practicados en el Registro se presumen o reputan exactos y concordantes con la realidad jurídica; es lógica la existencia de un previo trámite depurador de la titulación presentada. De lo contrario, los asientos sólo servirían para engañar, favorecer el tráfico ilícito y provocar conflictos”.

5.2.2. La calificación registral

Sostiene BLANQUER UBEROS que el proceso de calificación registral abarca dos facetas o momentos diferentes: de un lado el examen de la legalidad extrínseca o intrínseca del título que se pretende inscribir; y de otro la selección del contenido del contrato que por su trascendencia real va a incorporarse al asiento, desplegándose respecto del mismo los efectos protectores registrales analizados con anterioridad⁵⁴³. Es decir, que junto con el examen de la legalidad del título, la calificación tiene otra faceta no menos importante, relativa a una selección de entre el contenido del contrato, de aquellas disposiciones o cláusulas que tiene trascendencia real y respecto de las cuales puede dispensarse la protección registral derivada de su publicación.

La doctrina discrepa sobre la naturaleza jurídica de la calificación, considerándola desde un acto administrativo, dado que su finalidad no es sino el acceso a un registro de tal carácter, a la asimilación a la función judicial, bien como una resolución *cuasijudicial*, que tiende a adecuar los hechos jurídicos al derecho objetivo y a dar amplio cumplimiento al principio de legalidad, o bien como una actuación de jurisdicción voluntaria⁵⁴⁴.

La doctrina asimismo se extiende más que sobre el concepto de calificación, sobre las notas definitorias y contenido de la misma. Y así se destaca que es el instrumento para dar cumplimiento al principio de legalidad⁵⁴⁵; que es una actividad obligatoria para el Registrador, actuando en la misma de forma independiente, y de contenido netamente jurídico⁵⁴⁶; y

⁵⁴³ BLANQUER UBEROS, *op. cit.* p. 23.

⁵⁴⁴ Puede verse un resumen de las distintas teorías sobre la naturaleza jurídica de la calificación registral en CHICO Y ORTIZ, *op. cit.* pp. 583-584.

⁵⁴⁵ CHICO Y ORTIZ, *op. cit.* p. 581; LACRUZ BERDEJO y OTROS, *op. cit.* p. 317; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, *op. cit.* p. 119; ROCA SASTRE, *Fundamentos de la publicidad registral*, *op. cit.* p. 414; BLASCO GASCÓ, *Instituciones de derecho Civil, Derechos reales, Derecho Registral Inmobiliario*, *op. cit.* p. 100, entre otros.

⁵⁴⁶ CHICO Y ORTIZ, *op. cit.* p. 585; para LACRUZ BERDEJO y OTROS, *op. cit.* p. 317, es para el Registrador una actuación obligatoria, personalísima y, por consiguiente, imputable; en el mismo sentido SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, *op. cit.* p. 119, “se trata de una actividad impuesta al Registrador con carácter obligatorio, personalísimo, en cuanto no puede delegar su función calificadora, independiente y de la que es responsable en los términos previstos en los artículos 296 y siguientes de la LH”.

en todo caso, los efectos derivados de la misma se proyectan erga omnes⁵⁴⁷, aunque sin efectos de cosa juzgada⁵⁴⁸.

Es evidente que la calificación incorpora un juicio de valor jurídico del Registrador sobre la adecuación a la legalidad del acto o contrato que se somete a la inscripción, y de selección del contenido en orden a dicha inscripción. Juicio que tiene una indudable consecuencia en orden a la validez del acto en el tráfico jurídico, porque, como explica CHICO Y ORTIZ, la denegación o suspensión de la inscripción, disminuye o minusvalora el negocio jurídico en relación al tráfico jurídico:

“Salvo en el caso de las inscripciones constitutivas, en las que la decisión registral afecta al nacimiento del derecho, en los demás casos su decisión es la de dar acceso al derecho – o negárselo, por supuesto – para que el mismo logre, a través de la publicidad, la protección que el sistema le brinda o, lo que es lo mismo, hacer viable la seguridad del tráfico jurídico y lograr su efectividad erga omnes. Con ello se llega al pronunciamiento de la plenitud de la titularidad de un derecho y su eficacia frente a terceros. Por el contrario, no inscribir un derecho –o ponerle un paréntesis de suspensión –es disminuirlo, reducirlo, desconocerlo desde el punto de vista del tráfico, postergarlo a una esfera inferior de relación inter partes. Es no lograr el alta oficial y pública que le permite transitar por el campo de la seguridad del tráfico”⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ Precisamente la discusión sobre la naturaleza de la calificación registral entre quienes defienden el carácter de actividad de jurisdicción voluntaria del procedimiento registral y quienes consideran que la jurisdicción voluntaria en cuanto exponente de un acto de jurisdicción, debe quedar reservada al poder judicial (incluso que se atribuya a determinados órganos no judiciales, en que nos hallaríamos ante una “actividad administrativa para el Derecho Privado”) hacen hincapié en la trascendencia erga omnes de la publicidad del asiento registral, frente al carácter inter partes derivado de la eficacia de la cosa juzgada de la sentencia. Critica fuertemente esta postura LÓPEZ LÓPEZ, A. (2009), “La calificación registral de las resoluciones judiciales. Notas críticas”, *Teoría & Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, nº 5, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 96, para quien “toda la argumentación está fundada en un principio de paridad, y de ahí, de relativa incomunicabilidad, entre función registral y función judicial, olvidando lo obvio: el Registro es el mecanismo de eficacia *erga omnes* que la resolución judicial no puede conseguir, y no por las reglas de la cosa juzgada, sino porque existe la posibilidad de que el tráfico inmobiliario sobre una finca se desenvuelva al margen del titular real, que es lo que pretenden evitar los mecanismos de la inoponibilidad y la protección del tercero.”

⁵⁴⁸ LACRUZ BERDEJO y OTROS, *op. cit.* p. 317.

⁵⁴⁹ CHICO y ORTIZ, *op. cit.* pp. 588-589.

El ámbito de la calificación lo delimita el artículo 18 de la LH, conforme al cual serán materia de calificación:

- a) la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos;
- b) la capacidad de los otorgantes;
- c) la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas⁵⁵⁰.

Con referencia a la calificación sobre la validez de los actos, la DGRN en Resolución de 20 de febrero de 2007 ha declarado que “la expresión del artículo 18 de la Ley Hipotecaria «validez de los actos dispositivos contenidos en la escritura», no significa la atribución al registrador de una potestad típicamente jurisdiccional, como es la de declarar la nulidad o validez de un negocio jurídico, lo que además exigiría un proceso contradictorio, sino tan sólo la de revisar si ese negocio jurídico es, desde la exclusiva perspectiva registral, inscribible. Por esa razón, lo que el registrador hace cuando califica es analizar uno de los posibles efectos del título –su inscribibilidad– y, por idéntica causa, la calificación del registrador, como sucede con la que hace la Administración Tributaria a efectos fiscales, no extravasa el estricto ámbito registral y no extiende sus consecuencias al resto de los efectos de ese título en el ámbito negocial civil o mercantil⁵⁵¹.

⁵⁵⁰ Art. 18 LH: “Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro”.

⁵⁵¹ BOE 5 de marzo de 2007. La ST de la Sección 1 de la AP de Pontevedra de 14 de marzo de 2007 (ROJ: SAP PO 366/2007), en un procedimiento frente a la resolución de la DGRN de 11 de marzo de 2006 que refrendaba la calificación del registrador que rechazaba la inmatriculación de una firma por su sospecha personal, no basada en los documentos, de que los mismos habían sido elaborados intencionalmente para obtener dicha inmatriculación, razona: “El art. 18 párrafo 1º LH dispone: “Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro”. Sobre el contenido o alcance de la facultad calificadora, la STS 3ª 23 de mayo de 2003 señala: “El artículo 18 de la Ley Hipotecaria extiende la función calificadora del registrador -además de la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por los que resulte de ellas y de los asientos del Registro- a “la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción” y el artículo 66 de la citada Ley añade que “los interesados podrán reclamar gubernativamente contra la calificación del título hecha por el Registrador”, en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado, sin perjuicio de acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y entender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos”. Como subraya la SAP Barcelona 15 de marzo de 2005 ,

El Tribunal Supremo caracteriza de especial el procedimiento registral y la naturaleza de la calificación registral, sin que pueda identificarse con una actividad netamente administrativa, pese al carácter de órgano administrativo de la DGRN en atención especialmente al control de la calificación por la jurisdicción civil en lugar de por la jurisdicción contencioso-administrativo. Dice la STS de 21 de noviembre de 2013⁵⁵² que el sistema

citada en la sentencia recurrida, "lo expuesto nos lleva a referirnos al concepto mismo de la función calificadora, reiterando con la doctrina más autorizada, que la indicada función ha experimentado un desarrollo expansivo, en la que ha pasado de la simple toma de razón, propia del sistema de la Ley Hipotecaria de 1861, al modelo actual regulado en el artículo 18 de la Ley, y que obliga al Registrador a constatar la validez del acto jurídico de que se trate, de acuerdo con el principio de legalidad, y limitando su actuación al acto mismo, sin interferir en lo que sería propio de la actividad jurisdiccional. En este sentido, la función calificadora, en tanto que sujeta al principio de legalidad, debe contemplar la totalidad del ordenamiento jurídico, de forma que la validez del acto jurídico de que se trate no ha de limitarse a la concurrencia de los requisitos propios y exclusivos del derecho civil sino también a las normas de carácter urbanístico que inciden, condicionan e incluso en ocasiones delimitan, el contenido *iusprivatista* del derecho de propiedad, pues no pueden admitirse contradicciones en el seno de un mismo ordenamiento jurídico sino que ha de ser contemplado y aplicado como un todo armónico". La SAP Navarra 22 de diciembre de 2004 aborda la problemática suscitada por la interpretación de la expresión "reseña identificativa" a efectos de representación, en relación con la función calificadora: "Debe tenerse en cuenta al respecto que la función del Sr. Registrador relativa a las facultades representativas del otorgante, se concreta en el examen y valoración, según expresamente señala el art. 18, párrafo 1º, de la Ley Hipotecaria, de la "legalidad de las formas extrínsecas" de las escrituras públicas, y "por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro" debiendo valorar, en definitiva, de modo exclusivo, el contenido de la escritura pública en la que el Sr. Notario ha insertado la reseña del documento acreditativo de la presentación y ha expresado su valoración de la suficiencia de las facultades representativas correspondientes. Ello determina que, por consiguiente, el Sr. Registrador debe valorar, con fundamento en el documento mismo que ha de calificar, si existe esa reseña identificativa suficiente del documento acreditativo de la representación, así como si el Sr. Notario ha expresado el juicio de suficiencia correspondiente y en relación con el acto o contrato a que el documento se refiera. Cumplido ello según los propios términos del documento a calificar, no corresponde al Sr. Registrador volver a valorar lo que ya valoró el Sr. Notario, a cuya exclusiva responsabilidad incumbe la valoración relativa a si las facultades representativas que figuran en el documento que acredita la representación son o no suficientes para el acto o contrato de que se trata, según expresamente dispone el art. 98-1 y 2 de la Ley 24/2001, de cuya redacción, posterior a la del art. 18, párrafo 1º, de la Ley Hipotecaria, se desprende, a nuestro juicio de forma rotunda, la voluntad del legislador de atribuir esa valoración de las facultades representativas al Sr. Notario, bajo su exclusiva responsabilidad. Estimamos, en conclusión, que el Sr. Registrador deberá efectuar su calificación limitándose a comprobar que el documento a calificar contiene ese juicio valorativo del Sr. Notario, con concreta referencia al acto o contrato concreto de que se trate, así como que se ha efectuado una reseña suficientemente identificativa del documento aportado en justificación de la representación, debiendo valorar, en definitiva, el documento mismo sometido a su calificación, en orden a comprobar si en el mismo se contienen los requisitos necesarios para apreciar que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el art. 98-1 y 2 de la Ley 24/2001, sin que exista necesidad alguna de que por parte del Sr. Notario se testimonie, ni en todo ni en parte, el documento que contenga las facultades representativas alegadas, dado que, insistimos, al Sr. Registrador no le corresponde efectuar la valoración misma de ese documento ni de si esas facultades contenidas en el mismo son o no suficientes para el otorgamiento de la correspondiente escritura, lo que corresponde al Sr. Notario, sin que proceda la revisión de su valoración por el Sr. Registrador". En suma, el art. 18 LH atribuye al Registrador de la Propiedad una función que va más allá del mero control formal de los documentos, incluyendo en el ámbito de la calificación facultades de control de la legalidad del acto o negocio jurídico que incorpora el documento, pero siempre con el límite de lo que resulte del propio documento y de los asientos del Registro, de forma que las posibles dudas que pudieran existir, excepción hecha de las que se refieran a la identidad de la finca, deben resolverse a favor de la eficacia registral del título."

⁵⁵² ROJ: STS 5634/2013

registral está encaminado a la protección de derechos de carácter privado, que no son los propios del interés general a cuya consecución va dirigida la actividad administrativa⁵⁵³; considerando el Tribunal que la calificación se justifica por el principio de legalidad en atención a las características del sistema hipotecario español y a los efectos legitimadores de la inscripción registral⁵⁵⁴.

⁵⁵³ La resolución analiza la posibilidad de aplicar al procedimiento registral la doctrina sobre el silencio administrativo en caso de falta de resolución expresa de la DGRN. Para nuestro Tribunal Supremo “la aplicación supletoria de las normas de procedimiento administrativo al ámbito de la calificación registral no puede aceptarse con carácter general ni de manera abstracta. La función de calificación presenta particularidades de notoria importancia respecto del régimen de las actividades de las administraciones públicas. Estas particularidades justifican secularmente su tratamiento específico desde el punto de vista científico, normativo y jurisdiccional. Desde este último punto de vista, que aquí resulta especialmente relevante, la revisión de la actividad registral inmobiliaria no corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sino que es una de las expresamente atribuidas al orden jurisdiccional civil por razón de la naturaleza privada y patrimonial de los derechos que constituyen su objeto (artículo 3.a) LJCA). Es cierto que la DGRN es un órgano administrativo y que sus resoluciones tienen naturaleza administrativa. Sin embargo, la inserción de estas en el ámbito de la función de calificación de los registradores de la propiedad las dota de características muy especiales frente al régimen de la actividad administrativa, las cuales no solo se han mantenido, sino que se han acentuado en las sucesivas modificaciones de la LH. En la LH se establece la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las demandas mediante las que se solicite la nulidad de las resoluciones de la DGRN por las que se resuelven recursos contra las calificaciones negativas de los registradores de la propiedad. La resolución de la DGRN no es, en consecuencia, un acto administrativo abstracto; sino que tiene como presupuesto y objeto un acto de calificación del registrador, que no puede ser considerado por razón de su contenido como acto sujeto al Derecho Administrativo, y su consecuencia jurídica es el examen de su legalidad por parte del orden jurisdiccional civil. De esto se sigue que la naturaleza de acto administrativo que tienen las resoluciones de la DGRN por las que se resuelven recursos contra las calificaciones negativas de los registradores de la propiedad no permite, sin más, proyectar el régimen administrativo general sobre su regulación, pues esto podría determinar efectos incompatibles con los principios del sistema registral en el que se desenvuelve la función de calificación de los registradores y el examen de su legalidad por la jurisdicción civil. En consecuencia, la determinación de si es aplicable el régimen general del silencio administrativo sobre dichas resoluciones debe hacerse teniendo en cuenta las disposiciones específicas de la LH y la interpretación de sus preceptos con arreglo a los principios que rigen la función del Registro de la Propiedad.

⁵⁵⁴ La trascendental STS de 13 de septiembre de 2013 (ROJ: STS 5706/2013) a la que posteriormente nos referiremos sostiene que “en un sistema registral de desenvolvimiento técnico, como es el español, en el que los asientos producen efectos sustantivos - en unos casos, constitutivos, en otros, legitimadores del titular inscrito y, de darse ciertas circunstancias, del tercero que adquirió confiado en el contenido del registro -, además de importantes efectos propiamente registrales - la inscripción cancela las contradictorias y cierra el acceso a los títulos que lo sean con el derecho publicado, salvo consentimiento del titular o decisión judicial - y en el que, una vez practicados, los asientos quedan bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todas sus consecuencias mientras no se declare la inexactitud - artículo 1 de la Ley Hipotecaria -, resulta esencial el principio de legalidad, en cuanto excluyente de la posibilidad de registrar títulos que no sean perfectos y válidos, material y formalmente. No se discute que esa legalidad se protege, en primera línea, mediante el trámite depurador en que consiste la calificación, esto es, el examen de los títulos presentados que ha de realizar el Registrador para decidir si procede la inscripción o, por el contrario su denegación o suspensión.”

5.2.3. La calificación registral de los contratos de garantía hipotecaria celebrados con consumidores y usuarios

Sostenía VALPUESTA FERNÁNDEZ que “cuando no existe una norma que expresamente vincule al registrador en la calificación registral, entendemos que la finalidad de protección que ha impulsado la normativa de consumo no puede ser ajena al funcionamiento de la publicidad inmobiliaria. Por ello suscribimos plenamente las palabras de GARCÍA GARCÍA cuando afirma que “Todo el Registro de la Propiedad y la Ley Hipotecaria, en sus diferentes procedimientos, está inmerso en esta función de protección de los consumidores, no sólo por la vía de la claridad de los asientos, sino también por las garantías del procedimiento registral y por la protección que se le da a los consumidores a través de la calificación registral”⁵⁵⁵.

Recordemos que el artículo 84 del TRLGDCU únicamente contempla la posibilidad del Registrador de denegar la inscripción de las cláusulas abusivas declaradas nulas judicialmente e inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, sin referirse a la calificación de otras cláusulas que insertas en los contratos presentados a la inscripción, puedan ser consideradas abusivas⁵⁵⁶. La redacción del precepto aboca a una interpretación restrictiva de la calificación del Registrador respecto de la validez de las cláusulas contenidas en un contrato de adhesión o celebrado bajo condiciones generales de la contratación, cuando uno de los contratantes

⁵⁵⁵ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *op. cit.* p. 1565.

⁵⁵⁶ En cambio el artículo 258.2 de la LH permite que el Registrador deniegue la inscripción de las cláusulas declaradas nulas conforme al contenido del artículo 10 bis de la LGDCYU, sin exigir sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Para BUSTOS LAGOS, J. *op. cit.*, el registrador podrá calificar las cláusulas sin necesidad de indagar si existe o no sentencia judicial declarándolas nulas e inscrita además en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, lo que además es “más congruente con la afirmación contenida en la STC 4-7-1991 (BOE 29-7-1991), de conformidad con la cual, «la inscripción registral da fe de la validez del título», que a su vez se corresponde con la afirmación doctrinal de que, entre otros extremos, el ámbito de la labor de calificación abarca la comprobación de la validez y licitud del acto material contenido en el título que se presenta al Registro. Si esto es así, resulta claro que el Registrador no ha de ver restringidas sus facultades de calificación y, en concreto, la facultad de denegar la inscripción cuando considere fundadamente que alguna o algunas de las cláusulas que lo integran son nulas de pleno derecho. En efecto, la calificación realizada por el Registrador ha de ser completa y amplia en orden a evitar que accedan al Registro actos nulos o anulables ya que, de otra forma, el Registro, en vez de informar, crearía confusión respecto de su contenido y efectos”.

es consumidor, limitándose a la constatación de la existencia de una previa nulidad declarada judicialmente de la cláusula.

Es evidente la trascendencia del control preventivo que el Registro de la Propiedad tiene en relación a las cláusulas abusivas introducidas en los contratos con consumidores, como también que el reforzamiento de dicho control previo tiene su fundamentación en el principio de legalidad que ampara la calificación del Registrador: no parece compatible con la eficacia y protección que dispensa la publicidad registral el acceso al Registro de la Propiedad de cláusulas nula ex origen por vulneración de la normativa imperativa de protección de consumidores y usuarios⁵⁵⁷.

Como indicábamos anteriormente, la calificación registral comprende un examen de la legalidad del acto o contrato objeto de inscripción; pero también la selección de las cláusulas que por tener trascendencia real, tienen acceso al Registro de la Propiedad, en tanto de conformidad con el contenido

⁵⁵⁷ Para BUSTOS LAGOS, *op. cit.* es posible la calificación del registrador del clausulado de un contrato de adhesión celebrado con un consumidor, incluso que no exista pronunciamiento jurisdiccional sobre la cláusula discutida, sin estar para ello vinculado tampoco por la llamada lista negra de cláusulas contenidas en la ley, pudiendo rechazar la inscripción de las cláusulas que supongan una vulneración del equilibrio de las partes en detrimento de la buena fe. Entiende que ello no contradice el principio de la autonomía de la voluntad, en tanto en definitiva, sólo se controla el clausulado de adhesión, y no el pacto individualizado de los contratantes; y en cualquier caso la nulidad de la cláusula por contravención de una norma imperativa no precisa la declaración judicial previa: “el argumento decisivo nos lo aportan, una vez más, las enseñanzas de De Castro, cuando al hablar de la eficacia general de las normas jurídicas y de la eficacia de los actos contrarios a la ley, señala que «la nulidad se produce ipso iure. Los actos y contratos contrarios a las leyes son nulos en sí; no se requiere declaración judicial previa, y es obligación de los funcionarios públicos de todas clases negarles su cooperación (negarles la entrada en los Registros Civil, de la Propiedad, de Tutela, de Ausencia, de la Propiedad Intelectual, de la Propiedad Industrial; los notarios no podrán prestarle autorización; los funcionarios públicos de todas clases deberán rechazarlos de plano...). El mismo autor desarrolla estas ideas al hablar de los caracteres de la ineficacia de los negocios nulos y, precisando el alcance del efecto inmediato de la nulidad, afirma que «los funcionarios, en general, han de tener en cuenta dicho carácter de la nulidad, pues habrán de negar su colaboración a cualquier título jurídico que sea visiblemente nulo (nulidad “*apud acta*”). Así, se negará la autorización notarial, cuando a juicio del Notario “el acto o el contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos” (art. 145, párr. 2, Reg. Not.), y ellos serán también rechazados por los encargados de los Registros Públicos que hayan de calificarlos para su inscripción (arts. 18, 65, LH, arts. 41, 45, Reg. R.M., artículo 27, LRC)».” En sentido similar GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., para quien el registrador “puede o incluso, debe, rechazar aquellas condiciones generales incluidas en un contrato de préstamo hipotecario que sean objetivamente abusivas por coincidir con algunas de las enumeradas en la lista de la LDCU, aunque no hayan sido declaradas nulas en sentencia firme, ni inscritas en el Registro de Condiciones Generales, cuando, por ser abusivas, supongan una vulneración de la buena fe objetiva y del equilibrio de las prestaciones”, *El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados cuando existen cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario que lo originó; consecuencias de la STJUE, de 14 de marzo de 2013, y de la Ley 1/13 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, restructuración de deuda y alquiler social*, *op. cit.* p. 2678.

del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Distingue DEL REY BARBA ⁽⁵⁵⁸⁾, siguiendo a DÍAZ FRAILE ⁽⁵⁵⁹⁾, tres etapas distintas en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que se corresponderían con tres hitos legislativos trascendentes en la cuestión, la publicación de la ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, Ley 7/1998 de 13 de abril, la reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre y la ley 2/2009 de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito .

La Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación incorpora la regulación positiva de la calificación del Registrador de las cláusulas abusivas contenidas en el título inscribible, en los artículos 10 bis de la misma y 258 de la Ley Hipotecaria. Con anterioridad a la citada regulación la falta de trasposición de la Directiva había impedido la invocación directa de la legislación protectora de los consumidores, pese a la vigencia de la Ley General para la Defensa de los Consumidores de 19 de julio de 1984, manteniendo la Dirección un criterio restrictivo en razón de los limitados medios de calificación de que dispone el Registrador, siendo además el procedimiento registral un procedimiento sin contradicción de partes y basado únicamente en los documentos presentados.

No obstante, tras la promulgación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, la tesis de la Dirección General no cambió sustancialmente, al tener que acudirse a conceptos jurídicamente indeterminados para la calificación como abusiva de una cláusula, en concreto

⁵⁵⁸ DEL REY BARBA, S. (2014), “La calificación registral de las cláusulas abusivas en las hipotecas”, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA L./ OLMEDO CARDENETE, M. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia.

⁵⁵⁹ DÍAZ FRAILE, J.M., *El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013*, www.ciss.es/publico/deloitte/2013_76_A_035 pdf. Consultado 7 de enero de 2015.

el “desequilibrio importante de las prestaciones” o las “exigencias de la buena fe” a los que hacía referencia el artículo 10 de la Ley de 19 de julio de 1984. Esta interpretación parecía que debía reservarse en todo caso al juez, lo que además venía avalado por la remisión del artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria al párrafo segundo del artículo 10 bis de la Ley de 26/1984 de 19 de julio.

A ello se añadían las facultades de moderación de la cláusula abusiva que la Ley atribuía al Juez, así como la posibilidad de integración del contrato, facultades estas que excedían de las funciones del Registrador en la calificación.

El Centro Directivo insistía en que el hecho de que la calificación como abusiva de una cláusula pudiera determinar no sólo su ineficacia sino la de todo el contrato, cuando la supresión de la misma alterara el equilibrio equitativo de las prestaciones recíprocas, limitaba la calificación del Registrador en tanto no existía un trámite de audiencia de las partes interesadas en el control registral del clausulado⁵⁶⁰.

Para ANGUITA RÍOS⁵⁶¹, es precisamente esta necesidad de integración del contrato tras la apreciación de la abusividad de una cláusula contenida en el título inscribible lo que impide y cercena el control preventivo del contrato por los registradores. En este sentido se pronunciaba la RDGRN de 19 de abril de 2006, para la cual “el procedimiento registral, por sus particulares caracteres, y la calificación, por su ámbito objetivo y medios de llevarse a cabo, no puede sustituir a la declaración judicial de nulidad de las cláusulas de un contrato que son condiciones generales de la contratación, por

⁵⁶⁰ DEL REY BARBA, S., *op. cit.* p. 242.

⁵⁶¹ ANGUITA RÍOS, R.M., *Control judicial y extrajudicial de las condiciones generales en el préstamo hipotecario*, www.uma.es/derecho-de-la-edificación/.../anguita-rios-control-judicial/ consultado el 8 de enero de 2015: “Limitado de esta forma la actuación registral ante las condiciones abusivas se deshecha una eficaz opción del desequilibrio contractual, que sólo cabe entender porque dejar de inscribir en el Registro de la Propiedad una estipulación contractual por considerarla abusiva exige una reestructuración del contrato, y es el Juez quien además de declarar la nulidad de una cláusula también integra el contrato y dispone de facultades moderadoras, sin que el Registrador de la Propiedad pueda atender a esas competencias. En el momento en que se necesita integrar el contenido del contrato el Registrador no puede denegar de oficio la inscripción sin que haya sido declarada la nulidad judicialmente”.

entender que las mismas son nulas de pleno derecho, al contravenir el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio”⁵⁶².

Pese a todo lo anterior, sostiene DÍAZ FRAILE⁵⁶³ que los registradores venían calificando las diversas cláusulas contenidas en el título tomando como base las normas del derecho de contratos y del Derecho registral, produciéndose una calificación directa de las cláusulas contenidas en el título objeto de inscripción en razón de los principios básicos como la buena fe, el equilibrio de las prestaciones, la proscripción del enriquecimiento injusto, normas sobre distribución de la carga de la prueba, la resolución unilateral del contrato o la libre circulación de las mercancías. En razón de ello y hasta la reforma de la Ley del artículo 12 de la Ley Hipotecaria por la Ley 41/2007, se había producido en sede de calificación registral una depuración del clausulado del contrato objeto de la garantía hipotecaria que resume el mencionado autor en los siguientes:

-Cláusulas financieras: las de variación de intereses sólo al alza, o indexados a índices no objetivos, o las cláusulas de redondeo por encima del 1/8 de punto o sólo al alza (disp. adic. 12.^a, L. 44/2002, de reforma del sistema financiero).

⁵⁶² BOE 30 de mayo de 2006: “tratándose de condiciones generales de la contratación que según la misma fundamentación del registrador se reputan abusivas, su calificación se debe sujetar a lo dispuesto en el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria. Tal precepto afirma que «el Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.». En consecuencia, habrá de estarse a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, según la redacción dada por la Ley 7/1998, de 13 de abril; tal apartado lo único que hace es atribuir al juez que conozca de las pertinentes acciones la posibilidad de declarar nulas las condiciones generales de la contratación insertas en un contrato cuando las mismas sean abusivas, añadiendo la Disposición Adicional primera de esa Ley 26/1984, de 19 de julio, también incorporada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, un elenco de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas; enumeración que basta apreciar su inciso inicial es «*ad exemplum*». Tercera, lo anterior, esto es la necesidad de que un juez declare la nulidad de la cláusula que es condición general de la contratación por abusiva, como requisito sine qua non para que el registrador deniegue el acceso al registro de esa cláusula abusiva, previa la determinación de su trascendencia jurídico real inmobiliaria, se deduce de la simple lectura de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación y las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2002, por las que se anularon diversos preceptos del Real Decreto 1828/1999, de 3 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Así, en el apartado IV del preámbulo de la Ley 7/1998, de 13 de abril, se afirma que «la Ley parte de que el control de la validez de las cláusulas generales tan sólo corresponde a Jueces y Tribunales». Tal afirmación, obvia por otra parte, se reitera en las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2002, donde se sostiene que «la calificación como abusivas de las cláusulas corresponde, en exclusiva, a los jueces y tribunales»”.

⁵⁶³ DÍAZ FRAILE, J.M., *op. cit.*

-Cláusulas de vencimiento anticipado en caso de que la parte prestataria sea declarada en concurso (art. 61.3 Ley Concursal 22/2003), o en caso de enajenación o gravamen o arrendamiento de la finca hipotecada (arts. 27 y 107.3 LH), o en caso de embargo de la finca hipotecada o de iniciación de una ejecución contra otros bienes del patrimonio del deudor, o por insolvencia o fallecimiento del deudor o del fiador, o por disminución del valor de la finca hipotecada por encima de ciertos valores “a juicio del prestamista”, o por incumplimiento de cualquier obligación derivada del contrato aun accesoria, etc.

- Otras cláusulas que imponen limitaciones o renunciaciones a los derechos de los consumidores, como:

- Las que imponen al consumidor gastos o impuestos cuyo pago corresponde por ley al acreedor (art. 89.3 LGDCU).

- Los pactos de sumisión expresa a tribunal distinto del que corresponda al lugar de situación del inmueble (art. 90.2 LGDCU y 684 LEC).

- Los pactos comisorios (art. 1859 CC).

- Los de renuncia del deudor a la cancelación parcial cuando el acreedor haya aceptado el pago fraccionado del crédito (art. 124 LH).

- El de renuncia del deudor a la notificación de la cesión del préstamo hipotecario (art. 149 LH, antes de su modificación por L. 41/2007).

- O la cláusula que permite al acreedor descontar del precio del remate los gastos de formalización relacionados con la adjudicación del inmueble (art. 692 LEC), etc.

Coincidiendo con la reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, de reforma de la Ley 2/1981 de 25 de marzo sobre el mercado hipotecario, se iniciaría, la segunda de las fases en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la función calificadora de los registradores en este ámbito de la contratación de adhesión con consumidores. La Exposición de Motivos de la Ley viene a

explicar la modificación referida del artículo 12 de la Ley Hipotecaria como medida de flexibilización del mercado hipotecario, aportando uniformidad a la inscripción del derecho real de hipoteca, y la posibilidad de transcripción a los efectos de la oportuna publicidad, de las llamadas cláusulas financieras a que se refiere el párrafo segundo del precepto. Ello con la intención patente de fomentar el mercado hipotecario secundario⁵⁶⁴.

El artículo 12 de la Ley Hipotecaria queda redactado en dos párrafos, el primero concerniente al contenido mínimo de la inscripción del derecho real de hipoteca, a las cláusulas que tienen trascendencia real, esto es, el importe del principal de la deuda, los intereses, la responsabilidad hipotecaria y el plazo de la hipoteca; y el párrafo segundo, conforme al cual las *cláusulas de vencimiento anticipado* y las demás cláusulas financieras, accederán al Registro mediante la transcripción íntegra de su contenido, siempre que haya sido objeto de calificación favorable las cláusulas del contenido real de la hipoteca. La interpretación de la doctrina de la DGRN en relación al artículo 12 de la LH puede resumirse con DEL REY BARBA

1.- que la calificación del Registrador se ha de limitar a las cláusulas con eficacia frente a terceros, que son las que se refieren al importe del principal de la deuda, a los intereses pactados, la expresión del importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando la obligación garantizada y su duración.

2.- una vez calificados estos extremos, las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado no pueden ser objeto de calificación sino de

⁵⁶⁴ “otras medidas dirigidas a impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios tienen por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa. A tal fin se establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualesquiera que sea la naturaleza de estas y su duración. Las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización, pero ello siempre que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real”

transcripción en el Registro. Y ello incluso que se tratare de cláusulas contrarias a normas imperativas o abusivas⁵⁶⁵.

A partir de la Resolución de 21 de diciembre de 2007⁵⁶⁶ se instaura por la DGRN esta interpretación que asimila las cláusulas con trascendencia real sobre las que debe realizarse la calificación con las indicadas en el párrafo primero del artículo 12 de la Ley Hipotecaria y el resto de las cláusulas financieras habrán de ser meramente transcritas con efectos de mera publicidad o noticia, sin ser objeto de calificación alguna:

“La conclusión lógica de esa voluntad del Legislador es que respecto de la hipoteca, sea quien sea el acreedor en cuyo favor se haya constituido y como regla general, el registrador sólo puede calificar y, por tanto inscribir si su calificación es favorable, las cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria que son el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración (artículo 12, párr. primero de la LH).

Lo que sucede es que como excepción y, resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007 en la modificación del artículo 12 de la LH ha incluido un párrafo segundo que permite que, respecto de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, además puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación.

Ahora bien, respecto de estas cláusulas financieras el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es a

⁵⁶⁵ DEL REY BARBA, S., *op. cit.*, p. 250 -251.

⁵⁶⁶ BOE 15 de enero de 2008. Bautizada por CARRASCO PERERA como “la doctrina del trienio”.

transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídico real inmobiliaria -las enumeradas en el párrafo primero del artículo 12 de la LH- hubieran sido calificadas favorablemente. De este modo, la reforma de la Ley Hipotecaria acoge la tesis expuesta por este Centro Directivo -vid. ut supra, Resolución de 19 de abril de 2006, entre otras-, armonizando la importante función calificadora con el verdadero sentido y contenido de la misma, mas permitiendo que para determinadas hipotecas - las constituidas a favor de determinadas entidades financieras-, por razón de su especialidad y generalidad, además se transcriban en el asiento registral las cláusulas financieras”.

Las críticas que ha merecido dicha interpretación han sido numerosas. Se denuncia que con ella se produce una vulneración de los principios registrales, en tanto accediendo la cláusula al Registro de la Propiedad, los efectos de protección de tercero, de publicidad tabular y de buena fe alcanzan a la totalidad de las cláusulas *transcritas* que sin embargo, y por la mera razón subjetiva del otorgante del préstamo o crédito garantizado por la hipoteca, escapan de todo control registral⁵⁶⁷. La Ley 41/2007 da además una nueva redacción al artículo 130 de la ley, conforme a la cual el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, *sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo*. Es decir, que la ejecución de la hipoteca podrá referirse a las cláusulas que hayan accedido al Registro de la Propiedad incluso las denominadas financieras, lo que unido a la limitación de los medios de oposición que en dicho momento recogía el artículo 695 de la Ley Hipotecaria, avanzaba la importante quiebra del sistema posteriormente detectado en la ya citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ De acuerdo con el contenido del artículo 12 de la LH la transcripción, sin ser objeto de calificación, de las cláusulas financieras se ciñe a las hipotecas a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

⁵⁶⁸ En palabras de DÍAZ FRAILE, *El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo*

El problema, como afirma BERROCAL LANZAROT⁵⁶⁹, se incrementa al determinar qué pactos puedan tener trascendencia real y cuáles no, y la trascendencia real en especial de la cláusula de vencimiento anticipado, y “teniendo en cuenta la accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito (o la unidad del crédito hipotecario), puede pensarse que estas cláusulas influyen directamente en aquella, y que, por tanto, tienen eficacia real, y deben afectar a terceros, pues, el vencimiento anticipado del crédito arrastra la ejecución de la hipoteca, y, como consecuencia de esta eficacia real, debería practicarse su inscripción”. No fue, sin embargo, éste el criterio sostenido por la DGRN en este momento que analizamos, limitando la trascendencia real a los efectos de la inscripción únicamente a las cláusulas contenidas en el párrafo primero del artículo 12 y excluyendo de la calificación a las cláusulas de vencimiento anticipado, que se trasladarían al asiento por mera “transcripción” de su contenido⁵⁷⁰.

de 14 de marzo de 2013, *op. cit.* “esta interpretación de la Dirección General de los Registros y del Notariado durante la etapa citada, a mi juicio, no sólo era claramente errónea desde el punto de vista jurídico, sino además, claramente lesiva para el interés tanto de los consumidores como del mercado hipotecario, en general, al excluir todo control de seguridad jurídica preventiva de las operaciones hipotecarias del mercado primario y con ello, someter a graves riesgos de ilegalidad al propio procedimiento de ejecución hipotecaria en los test de constitucionalidad y de adecuación al Derecho comunitario, como recientemente ha venido a demostrar la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013”. También DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013), “La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los tribunales”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n° 5, pp. 17-18: “Ello supone que para la DGRN estas cláusulas están excluidas de la calificación, de manera que no son objeto de inscripción sino de simple *transcripción* de lo que consta en la escritura de constitución de la hipoteca, es decir, sólo requieren una copia literal de las mismas en el asiento registral correspondiente. Esta interpretación choca con nuestro sistema hipotecario que es precisamente de inscripción: pero sobre todo sorprende que durante la etapa del gobierno socialista se favoreciera la inclusión de todo tipo de cláusulas por parte de las entidades financieras, mermando e ignorando de manera palpable los derechos de los consumidores y usuarios”. Para MIQUEL GONZÁLEZ, *Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios*, *op. cit.* p. 22 “lo grave de la doctrina de esta resolución, y de las que la siguieron en el mismo sentido, es que ignora: 1) que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho con las consecuencias de este tipo de ineficacia y 2) que las normas de protección de los consumidores son también de estricta observancia. La resolución ignoró también de manera sorprendente la función calificadora del registrador”.

⁵⁶⁹ BERROCAL LANZAROT, A.I. (2014), “Calificación registral y protección de los consumidores”, *Actualidad Civil, Sección Estudios de Jurisprudencia*, pág. 432, Editorial La Ley.

⁵⁷⁰ En la Resolución de 24 de julio de 2008 (BOE 7 agosto de 2008), la Dirección General resuelve el recurso formulado contra la calificación de la Registradora de Falset que sostenía la trascendencia real de tres cláusulas de vencimiento anticipado de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria por afectar a la duración del crédito garantizado, con lo que venían a configurar el contorno del derecho real con efectos por tanto erga omnes en cuanto a su configuración. Se vuelve a realizar una interpretación estricta y literal del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, entendiendo que las únicas cláusulas con trascendencia real objeto de calificación son las previstas en el párrafo primero del precepto, en tanto las restantes sólo deberán ser objeto de transcripción, excluyendo la labor calificadora del Registrador: “Se distingue así entre las cláusulas de trascendencia real, concretadas por la Ley en el párrafo primero del mencionado artículo 12, que son las que debe calificar el Registrador, y las restantes cláusulas que no son objeto de inscripción ni, por tanto de calificación, sino de mera transcripción en los términos

La doctrina de la DGRN cambia a partir de la Resolución de 1 de octubre de 2010⁵⁷¹. La citada resolución analizaba el recurso frente a la calificación del registrador sobre un crédito en cuenta corriente hasta un determinado límite cuyo saldo resultante en cuenta se garantizaba con una hipoteca de máximo en su modalidad de hipoteca inversa. La Resolución comienza por analizar la función calificadora del Registrador en relación a las cláusulas financieras sobre el vencimiento anticipado de la obligación, conforme a la dicción legal del comentado artículo 12 de la LH. Sin embargo, en esta ocasión, la DGRN realiza lo que denomina una interpretación coordinada con otras normas, entre las que cita la ley 2/2009 de 31 de marzo, “cuya ratio es garantizar la transparencia del mercado hipotecario, incrementar la información precontractual y proteger a los usuarios y consumidores de productos financieros ofertados en dicho mercado, y que en su artículo 18.1 reafirma el control de legalidad de notarios y registradores al señalar que «En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Del mismo modo, los

pactados y que resulten del título. Y es que, respecto del ámbito de la función calificadora del Registrador, dicho precepto legal concuerda con el criterio formulado por los artículos 83 y 84 del texto refundido de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (de los cuales resulta, respectivamente, que se atribuye al juez que conozca de las pertinentes acciones la posibilidad de declarar nulas las condiciones generales de la contratación insertas en un contrato cuando las mismas sean abusivas; y se establece que los Registradores de la Propiedad no inscribirán aquellas cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales), 9, 22 y 23 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, y 258.2 de la propia Ley Hipotecaria. Por otra parte, según el criterio reiterado por este Centro Directivo, el enjuiciamiento de la validez o nulidad de tal tipo de cláusulas se halla reservado, como no puede ser de otra manera, a los órganos jurisdiccionales competentes (cfr., por todas, la Resolución de 19 de abril de 2006). Tal es la doctrina mantenida igualmente por esta Dirección General en sus Resoluciones de 21 de diciembre de 2007 (dos) y 14 de enero, 1, 7, 8 (dos), 22, 28 y 29 de febrero y 1, 10, 14, 15, 19 (dos), 22, 24 (dos), 25 y 27 de marzo y 5 y 6 de mayo de 2008 al señalar cómo «lo que sucede es que como excepción, y resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007 en la modificación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria ha incluido un párrafo segundo que permite que, respecto de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de Marzo, además puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación. Ahora bien, respecto de estas cláusulas financieras el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es, a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídico real inmobiliaria –las enumeradas en el párrafo primero del artículo 12 de Ley Hipotecaria– hubieran sido calificadas favorablemente.”

⁵⁷¹ BOE 8 de noviembre de 2010. Llamada por CARRASCO PERERA como “doctrina *in claris*”.

registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley»; pero no únicamente, porque examina, de un lado, la Directiva 93/13/CE y la jurisprudencia del TJUE que la interpreta, en especial la STJUE de 4 de junio de 2009⁵⁷², que declaró que “el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula”; como la STS de 16 de diciembre de 2009⁵⁷³, que en su fundamento de derecho duodécimo distingue entre ininscribibilidad y nulidad de la cláusula⁵⁷⁴. A la vista de dicha interpretación concluye la Resolución sosteniendo que la calificación del Registrador deberá referirse asimismo a estas cláusulas de vencimiento anticipado, no limitándose a una mera transcripción, por cuanto las mismas serán oponibles a tercero y tendrán repercusión indudable en la ejecución hipotecaria ex artículo 130 de la LH⁵⁷⁵:

⁵⁷² C-243/08, citada.

⁵⁷³ ROJ: STS 8466/2009, citada.

⁵⁷⁴ “La cláusula que estableciese la absoluta prohibición de arrendar no solo no es inscribible sino que no es válida”. Crítica a esta distinción y al uso de la misma por la DGRN la encontramos en AZOFRA VEGAS, F., BAYO SEVILLA, S. y DÍAZ BAULUZ, C. (2015), “Cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras y registro de la propiedad: consideraciones sobre la RDGRN de 24 de octubre de 2015”, *Diario La Ley* n° 8622, p. 5: “la DGRN trae a colación la STS de 16 de diciembre de 2009 para emplear la espinosa distinción entre validez e «ininscribibilidad» que en su día hizo el Tribunal Supremo en relación con las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras. En virtud de la doctrina sentada por dicha sentencia, el Registrador puede calificar negativamente tales cláusulas si las considerase «ininscribibles» de conformidad con la legislación hipotecaria (aunque fuesen legalmente válidas entre las partes), así como también puede calificarlas negativamente si las considerase nulas (si bien matiza la DGRN en este punto que sus efectos se limitarán al ámbito calificador del art. 18 de la Ley Hipotecaria, pues la declaración de nulidad de las cláusulas corresponde a los tribunales) (FD 4.º). La DGRN desvirtúa así la literalidad del art. 84 de la LGDCU, que únicamente permite la denegación de la inscripción de las cláusulas «declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación».”

⁵⁷⁵ En esta atribución de la trascendencia real a las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras en atención a su relación con el procedimiento de ejecución hipotecaria ven AZOFRA VEGA, F., BAYO SEVILLA, S. y DÍAZ BAULUZ, C. una injerencia del registrador en la configuración del contenido de los derechos reales, así como un argumento tautológico que asimila la trascendencia real de la cláusula precisamente a la trascendencia derivada de su inscripción registral: “acude la DGRN al concepto de la trascendencia real de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras para intentar acercar su interpretación sistemática a la literalidad del art. 12 LH. Sostiene la DGRN que lo determinante para la inscripción de la cláusula o pacto en concreto es ver si habilita o condiciona de algún modo el ejercicio de la acción hipotecaria. En la medida en que el plazo de duración de la obligación garantizada tiene trascendencia real (pues es un dato que ha de reflejar la inscripción, de conformidad con el párrafo primero del art. 12 LH) y que el vencimiento anticipado afecta a la duración de la obligación garantizada posibilitando el ejercicio de la acción hipotecaria, es indudable que dichas cláusulas tienen trascendencia real y que su calificación es por tanto un mandato del propio

“sólo una interpretación de los objetivos específicos del artículo 12 de la Ley Hipotecaria coordinada y ponderada con la normativa de protección de consumidores, unida a la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria con base en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario, permiten definir el ámbito de la función calificadora del Registrador respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a la que se refieren el párrafo segundo del reiterado artículo 12 LH. Y el resultado necesario de tal interpretación impide asumir la exclusión absoluta de la calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, aunque sí una modalización en cuanto a su extensión. De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Ello supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos. Dicho de otro modo, el control sobre dichas cláusulas deberá limitarse a las que estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente (porque así resulte claramente de una norma que

art. 12 LH. Incurre así la DGRN en un razonamiento tautológico [ya denunciado por CARRASCO PERERA al indicar que «mediante su acceso al Registro toda obligación puede tener trascendencia real, por lo que la denegación de inscripción de ciertas cláusulas no puede justificarse en su no trascendencia real»] que en última instancia conlleva a reconocer al registrador la determinación del contenido real de los derechos en lugar de a quien debe corresponder, esto es, a las partes, a los terceros perjudicados y a los jueces y magistrados (juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado a instancia de unos o de otros). Con todo, la DGRN parece incurrir en contradicción en este punto al sostener posteriormente que dichas cláusulas tienen trascendencia real en la medida en que se inscriban: esto es, dando a entender que una cláusula no debe ser inscrita en función de si tiene o no trascendencia real, sino que tendrá trascendencia real en función de si se inscribe o no (pasando de una concepción apriorística de la trascendencia real a una concepción a posteriori) (FF.DD. 6.º y 10.º).”, *op. cit.* pp. 5-6.

exprese dicha tacha), sin que puedan entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo (p.ej., basado en el principio general de la buena fe o el desequilibrio de derechos y obligaciones), sólo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial. Una interpretación diferente a la que ahora se propone supondría, como consecuencia inevitable, la exclusión de estas cláusulas de las presunciones registrales de validez del contenido de los asientos sin que exista ningún tipo de base legal para ello, dado que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria no ha variado, claro está, el artículo 6.3 del Código Civil. Más aún, una solución diferente a la ahora sostenida convertiría la intervención del Registrador en un mero trámite impuesto al particular, sin que ello le reportara ninguna ventaja desde la perspectiva de los fines de las normas dictadas en defensa de sus intereses, obligándole así a renunciar por imperativo legal a los instrumentos de protección que le dispensa nuestro modelo de seguridad jurídica preventiva”⁵⁷⁶.

Rechazaba así la doctrina de la DGRN la calificación de conceptos jurídicos indeterminados, como la producción de un desequilibrio entre las partes o la vulneración de las normas de la buena fe, como causa para la abusividad de una cláusula, que quedaba así reservada a la valoración judicial⁵⁷⁷.

La llamada Tercera Fase en la interpretación de la DGRN se desarrollará con la Resolución de 8 de junio de 2011⁵⁷⁸, y con más claridad a partir de la Resolución de 13 de septiembre de 2013⁵⁷⁹. Si en la primera Resolución la DGRN interpreta a la luz de la jurisprudencia del Tribunal

⁵⁷⁶ La doctrina expuesta tendrá seguimiento en las posteriores resoluciones, que harán invocación expresa además de la normativa comunitaria de protección de consumidores y usuarios: por ej. RDGRN 4 de noviembre de 2010 (BOE 30 de diciembre de 2010); 21 de diciembre de 2010 (BOE 16 febrero de 2011); 16 agosto de 2011 (BOE 14 de octubre de 2011), entre otras.

⁵⁷⁷ AZOFRA VEGA, F., BAYO SEVILLA, S. y DÍAZ BAULUZ, C., *op. cit.* p. 10.

⁵⁷⁸ BOE 1 de julio de 2011.

⁵⁷⁹ BOE 14 de octubre de 2013.

Supremo, la validez de ciertas cláusulas de vencimiento anticipado cuya inscripción se pretendía, en la segunda, ya dentro del ámbito de la protección de consumidores y usuarios, a la vista de la normativa, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina del TJUE, la DGRN propugna una interpretación sistemática y conjunta del artículo 12 de la LH que, superando su dicción literal, permita al Registrador, “*dentro de los límites inherentes de la actividad registral*, el registrador podrá realizar una actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, desde luego cuando su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador”.

La doctrina expuesta tiene refrendo en la STS de 13 de septiembre de 2013⁵⁸⁰, que en su fundamento de derecho tercero, expresa

“no hay duda de que la opción del legislador de considerar las cláusulas de vencimiento anticipado como obligacionales, en cuanto regulan la exigibilidad de la deuda garantizada con hipoteca, no colisiona con las reglas esenciales que determinan en nuestro sistema hipotecario, la materia registrable.

Sin embargo, es lo cierto que el art. 12 de la Ley Hipotecaria, por más que merezca la consideración de básico sobre la materia, no es el único a ella referido. Así, la ley 2/2009 de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, tras destacar, en el art. 2, que los derechos reconocidos por ella a los consumidores que contraten las actividades incluidas en su ámbito de aplicación son irrenunciables y que son nulos la renuncia previa a tales derechos y los actos realizados en fraude de ley, proclama, en el art. 18, con ocasión de referirse a los deberes de los notarios y registradores, que estos últimos denegarán la

⁵⁸⁰ ROJ: STS 5706/2013, citada.

inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente, y, muy especialmente, los requisitos previstos en la propia ley. Así también, los apartados 1 de los arts. 552 y 695 de la LEC, en cuanto al tratamiento de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución.

En general, las normas de protección de los consumidores y las exigencias de su interpretación conforme a la legislación europea contienen una llamada al referido elemento sistemático de interpretación.

Finalmente, no hay que olvidar las consecuencias que se derivan de los que nuestra doctrina ha venido denominando actos nulos *apud acta* los cuales se imponen de una manera inmediata, entre ellas, los de mandar que los funcionarios se nieguen a prestar su colaboración profesional a los títulos jurídicos que sean evidentemente nulos”.

Con evidente intención de sistematización la Resolución de 28 de abril de 2015⁵⁸¹, con cita en sus resoluciones anteriores, ratifica la interpretación expuesta del párrafo segundo del artículo 12 de la LH, que no impedirá la calificación por el Registrador de las cláusulas financieras, en tanto van a acceder al Registro de la Propiedad y a los efectos legitimadores derivados de dicha publicidad registral.

Comienza la resolución determinando “el contenido del asiento de inscripción de hipoteca” que comprende “la extensión propia del derecho real de hipoteca –extensión objetiva y responsabilidad hipotecaria–; la identificación de la obligación garantizada que, a su vez, incluye las cláusulas financieras determinantes de su contenido y las cláusulas de vencimiento anticipado determinantes de la posibilidad de su ejecución (ya lo sea por el procedimiento ejecutivo hipotecario o por el ejecutivo ordinario), y en tercer lugar, aun cuando el artículo 12 de la Ley Hipotecaria no se refiera a ellas,

⁵⁸¹ BOE 1 de junio de 2015.

las cláusulas relativas a los distintos procedimientos de ejecución de la hipoteca –artículos 129 de la Ley Hipotecaria, 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes–. Es decir, lo que se inscribe es únicamente el derecho real de hipoteca, pero el contenido obligacional del título se hace constar en la inscripción en sus propios términos, no como tal crédito o préstamo en sí mismo considerado, sino en cuanto delimita el propio contenido del derecho real de hipoteca, delimitación que es imprescindible en un sistema de accesoriadad⁵⁸²; si bien, las cláusulas de vencimiento anticipado y otras cláusulas abusivas acceden al Registro mediante transcripción de su contenido⁵⁸².

En segundo lugar, las citadas cláusulas financieras no se califican únicamente de acuerdo con la normativa de protección de los consumidores y usuarios, sino desde el prisma de la legalidad, de forma que se denegará la inscripción:

- aquellas cláusulas que, con independencia de su validez civil o posible eficacia real, no tengan carácter inscribible por estar expresamente excluido su acceso al registro de la propiedad por una norma de naturaleza hipotecaria de carácter imperativo, bien de forma automática o bien por no reunir los requisitos necesarios para su inscripción;

- aquellas otras cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas expresas y objetivas y, por tanto, nulas de pleno derecho, ya sean éstas de carácter específico, o referenciadas a los principios generales de la contratación;

⁵⁸² “resultan del citado párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria las especialidades respecto a la forma de consignar en la inscripción el contenido de cláusulas a que el mismo se refiere, que guardan estrecha relación e identidad con la forma de consignación registral de las condiciones suspensivas y resolutorias que establece la regla 6.a del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, la cual, frente a la regla general de consignación registral de la «extensión circunstanciada» del contenido de los derechos reales, en dichos supuestos de condiciones suspensivas y resolutorias, prevé la «copia literal» de las mismas en la inscripción del derecho real de que se trate, lo que el párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria aplica igualmente a las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras, lo cual obedece a la necesidad de claridad y transparencia por la especial complejidad y trascendencia de este tipo de cláusulas, pero sin que pueda confundirse la forma concreta de redacción del asiento desde el punto de vista formal respecto a dichas condiciones y cláusulas, con el alcance sustantivo que tiene la inscripción en nuestro sistema, que en ningún caso es de mera publicidad noticia o de transcripción”.

- también podrán denegarse las cláusulas que no tengan carácter inscribible por ser puramente obligacionales y no ostentar la condición de cláusula financiera, sin que se pacte tampoco que su incumplimiento genere el vencimiento anticipado de la obligación principal, ni se garantice su importe económico con alguno de los conceptos de la responsabilidad hipotecaria; cláusulas que deben ser depuradas simplemente por esa carencia de eficacia real.

En el caso de préstamos hipotecarios celebrados con consumidores, *adicionalmente*, se podrá denegar la inscripción de aquellas cláusulas cuya nulidad haya sido declarada por sentencia judicial firme, sin necesidad de que la misma conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores⁵⁸³, y aquellas otras cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación, porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3º de la Ley Hipotecaria, con base en la doctrina de la nulidad *apud acta* recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013”. Y más, considera la Resolución que podrá denegarse la inscripción de aquellas cláusulas “respecto de las que no se acredite el cumplimiento de

⁵⁸³ La Resolución de 25 de septiembre de 2015, BOE 14 de octubre de 2015, exigirá que la sentencia proceda del Tribunal Supremo en cuanto fuente complementaria del ordenamiento jurídico (artículo 1 del CC) o responda a un criterio mayoritario o uniforme de los órganos superiores; y la Resolución de 19 de octubre de 2016, BOE 11 de noviembre de 2016 concreta que a falta de tal inscripción, que la sentencia judicial proceda del Tribunal Supremo (con valor de jurisprudencia o casacional por provenir del Pleno de Sala), en cuanto fuente complementaria del derecho (artículo 1 del Código Civil), o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores, y en todos los casos que se refieran al contrato de préstamo o crédito hipotecario.

Crítica esta conclusión GARCÍA VILA, J.A. (2017), “Los límites al control de legalidad notarial y registral de las cláusulas abusivas. Comentario crítico a las Resoluciones de la DGRN de 19 de octubre de 2016”, *Revista de Derecho Civil*, p. 198, para quien “La Dirección General de los Registros y del Notariado es un órgano de la Administración del Estado, que en materia de recursos gubernativos tiene una naturaleza peculiar⁴⁴, pero esta peculiaridad no le priva de ese carácter de órgano administrativo ni le convierte en órgano ni jurisdiccional ni cuasijurisdiccional: es un órgano administrativo que dicta resoluciones que surten efectos en el ámbito del Derecho Civil. Pero como órgano administrativo que es no puede, a mi juicio, prescindir de los dictados de una norma que no es sino la trasposición del contenido de la Directiva Comunitaria sobre protección de los consumidores”.

los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la forma –normal o reforzada– que, en cada caso, el legislador haya elegido para asegurarse del conocimiento por parte de los usuarios de los productos bancarios, del riesgo financiero que comporta el contrato en general o alguna de las singulares cláusulas financieras o de vencimiento anticipado que lo componen –Orden EHA 2899/2011, artículo 6 de la Ley 1/2013, etc.”.

Diversas resoluciones intentan concretar los extremos valorables por el Registrador para la calificación de las cláusulas en los contratos celebrados con consumidores. Así, respecto de la cláusula de vencimiento anticipado, la misma Resolución de 28 de abril de 2015, indica que el carácter dispositivo del artículo 1129 del CC no legitima cualquier cláusula de vencimiento anticipado, especialmente no legitima el vencimiento anticipado de la obligación por causas irrelevantes, meramente accesorias, indeterminadas o ajenas a la voluntad del prestatario⁵⁸⁴.

Sobre los intereses ordinarios, la Resolución de 22 de julio de 2015⁵⁸⁵, partiendo de la imposibilidad de control de los mismos por considerarse elementos definitorios del contrato, entiende que, sin embargo, existen supuestos de limitación objetiva de dichos intereses remuneratorios que permiten la denegación de la inscripción por el Registrador *cuando resulte del*

⁵⁸⁴ “a) Según se infiere de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 y también de las Sentencias del mismo Tribunal de 9 de marzo de 2001 y 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, la inscripción y validez de estas cláusulas exige que el vencimiento anticipado no se vincule al incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes, sino que debe responder a una causa justificativa adecuada, la cual se encuentre relacionada bien con la obligación principal garantizada a la que debe estar vinculada de alguna manera o con la eficacia del derecho real de hipoteca –su rango, posibilidades de ejecución, etc., o bien con la conservación de la finca gravada o con las obligaciones inherentes a la misma que puedan constituir cargas preferentes (seguros, gastos de comunidad de propietarios o Impuesto sobre Bienes Inmuebles).

b) Según resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009 es necesario que los términos de estas cláusulas de vencimiento anticipado cumplan con el requisito de determinación hipotecaria que es de exigencia ineludible para la eficacia del derecho real de que se trate, sin que la concreción de los elementos que generen o sean susceptibles de generar tal vencimiento pueda dejarse al albedrío de una de las partes contratantes.

c) Según señalan, entre otras, las Resoluciones de 8 de junio de 2011 y 3 de octubre de 2014, la especial naturaleza o finalidad de la obligación garantizada influye en la determinación del carácter relevante o no de las distintas cláusulas de vencimiento anticipado pactadas y, en consecuencia, en su inscribibilidad; provocando, igualmente, la exclusión de aquellas causas de vencimiento anticipado que sean totalmente ajenas al crédito garantizado y cuya efectividad no menoscabe la garantía real ni la preferencia de la hipoteca”.

⁵⁸⁵ BOE 24 de septiembre de 2015.

propio contrato que los mismos exceden de la función que les es propia, supuesto al que la Resolución asimila el que los intereses remuneratorios u ordinarios sean superiores a los intereses de demora pactados, en cuanto la norma función, su carácter indemnizatorio ante el incumplimiento del deudor, requieren que sean superiores a los intereses ordinarios.

Sobre intereses moratorios son diversas las resoluciones de la DGRN. La Resolución de 14 de enero de 2015⁵⁸⁶ ratifica la calificación del Registrador respecto de una cláusula de interés moratorio que fijaba como límite máximo el 13,113% que se correspondía con el triple del interés legal del dinero en la fecha del otorgamiento de la escritura de hipoteca, sin hacer salvedad de que dicho tipo máximo sólo sería de aplicación siempre que fuere igual o inferior al establecido en el artículo 114 de la LH: “la necesidad de fijación de un tipo máximo a la cobertura hipotecaria de dicho interés, debe conciliarse con la limitación legal establecida, de forma que el máximo pactado (que como se ha visto anteriormente opera a todos los efectos legales, favorables o adversos, y tanto en las relaciones entre el acreedor hipotecario y el deudor hipotecante como en las que se producen con terceros), sólo será aplicable si en el momento de su devengo es igual o inferior al límite legal, salvedad ésta que habrá de hacerse constar en la cláusula correspondiente”⁵⁸⁷. La Resolución de 19 de octubre de 2016⁵⁸⁸ analiza la aplicación de la STS de 3 de junio de 2016 que determina el carácter abusivo de los intereses moratorios en los préstamos con garantía hipotecaria, cuando excedan de dos puntos sobre el interés ordinario o remuneratorio pactado, en la calificación del Registrador sobre una cláusula de interés moratorio que se ajustaba al contenido del artículo 114 de la LH pero superaba el criterio impuesto por el Tribunal Supremo. La DGRN resuelve, en primer lugar, la denuncia sobre la aplicación retroactiva de la sentencia a un contrato previo a la misma. Para el Centro Directivo “si el carácter abusivo de los intereses moratorios puede ser invocado por los prestatarios, sobre la base del contenido de la Sentencia del Tribunal

⁵⁸⁶ BOE 19 de febrero de 2015.

⁵⁸⁷ Doctrina que se reproduce posteriormente. Ver Resolución de 21 de enero de 2015, BOE 24 de febrero de 2015.

⁵⁸⁸ BOE 11 de noviembre de 2016, citada.

Supremo de 3 de junio de 2016, no sólo respecto de los préstamos o créditos autorizados con posterioridad a su fecha o a la de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» u otro medio oficial, sino también respecto de préstamos o créditos anteriores a tales fechas; igualmente podrá ser calificado por el registrador de la propiedad cuando el título que las contenga, cualquiera que sea su fecha, se presenta para su inscripción. Y es que la cuestión, específicamente en materia de abusividad, no radica en si las sentencias del Tribunal Supremo tienen o no eficacia retroactiva en sentido propio, sino que lo que hacen es interpretar normas vigentes cuyo sentido fijan, de tal manera que ese pasa a ser el significado que les corresponde desde que se promulgaron. El principio de irretroactividad opera respecto de las leyes y la jurisprudencia pero no respecto de la doctrina que las interpreta (Resolución de 21 de marzo de 2013), la cual puede tener en consideración la realidad social del tiempo en que aquellas deben ser aplicadas (artículo 3 del Código Civil).” En segundo lugar, el recurrente sostenía que la sentencia del Tribunal Supremo no constituía jurisprudencia, al no ser doctrina reiterada. Para la DGRN la calificación del Registrador se alinea con el principio de efectividad de la protección de los consumidores que deriva de la doctrina del TJUE: “este principio de efectividad implica que los registradores de la propiedad deban de abstener de colaborar en la aplicación de las llamadas cláusulas abusivas cuando existan bases objetivas para su consideración como tales (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2009, entre otras), como lo constituiría la existencia de sentencias reiteradas del Tribunal Supremo o una sentencia de dicho Tribunal con valor de jurisprudencia o interés casacional (artículos 493 y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) por su asimilación práctica a aquellas”, sin perjuicio de considerar identidad de razón en las sentencias del TS de 22 de abril de 2015 y 3 de junio de 2016.

Por último, y sin ánimo de exhaustividad, un número considerable de resoluciones de la DGRN han abordado los efectos de la falta de inclusión de la expresión manuscrita en los casos previstos en el artículo 6 de la Ley 1/13

de 14 de mayo. La Resolución de 5 de febrero de 2014⁵⁸⁹ analiza la exigibilidad de la expresión manuscrita en el caso de un contrato de préstamo que bonificaba el interés si se contrataba un CAP con la propia entidad bancaria. La DGRN aboga por una interpretación maximalista de la protección dispensada al prestatario que incluyera la obligación de constancia de la expresión manuscrita en el caso de autos, en que sin que conste la imposición de contratar el producto de cobertura del interés, sí constaba la imposición de su contenido. La Resolución de 22 de enero de 2015⁵⁹⁰ analiza la posibilidad de que la expresión manuscrita se realice por tercero. Sin llegar a configurarla como una obligación personalísima y por tanto excluida de la representación, considera que en el poder debe incorporarse expresamente el contenido de la misma a fin de no eludir las exigencias del conocimiento e información precontractual a la que se dirige la exigencia normativa, dado que, para la DGRN la expresión manuscrita se anuda al deber de transparencia en la contratación bajo condiciones generales con consumidores⁵⁹¹. La Resolución de 8 de octubre de 2015⁵⁹² analiza la exigibilidad de la expresión manuscrita

⁵⁸⁹ BOE 27 de febrero de 2014.

⁵⁹⁰ BOE 24 de febrero de 2015.

⁵⁹¹ “El control de transparencia, queda caracterizado, como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta sea comprensible de una forma real, que no formal, de manera que el consumidor y usuario conozca y entienda las consecuencias jurídicas y económicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo. El control de transparencia se ha de entender pues, como un previo y especial deber contractual, como una obligación no sólo de que la cláusula sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento de la cláusula referida, así como su relación con las cláusulas con las que tenga conexión, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. Este control de legalidad o de idoneidad queda fuera del ámbito del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, y no tiene por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado en aras de la celebración del contrato, ni su interpretación, sino, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero y de 14 de marzo de 2013, así como Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo y 8 de septiembre de 2014). La exigencia del consentimiento establecida por el artículo 6 de la citada Ley 1/2013, constituye pues la materialización de ese control mediante la suscripción el prestatario o por cada uno de los prestatarios en el caso de ser varios de un manuscrito que el notario debe recabar del prestatario, en el momento de la escritura en el que manifieste haber sido advertido de los riesgos derivados del contrato, si éste incorpora cláusulas suelo y techo; si lleva asociada la contratación de instrumentos de cobertura del riesgo de tipos de interés, o si se concede en una o varias divisas”.

⁵⁹² BOE 29 de octubre de 2015. Una crítica a la doctrina contenida en esta Resolución la encontramos en DOMÍNGUEZ ROMERO, J. (2016), “Inaplicación del tipo de interés negativo. La cláusula cero en préstamos hipotecarios”, InDret, pp. 9-10, abogando por un control del contenido de la cláusula: “al no reglar un mínimo que deba abonarse por el prestatario, parece que ninguna traba habría para controlar su equidad de fondo –si su contenido es abusivo–, salvo que se cayera en el automatismo de asimilarla a la cláusula suelo (por ejemplo, entendiendo pactado como tal el 0%), es decir, sin entrar a si esta modalidad de cláusula cero sirve o no para definir un precio que, como mínimo, habría de cobrar el prestamista en las liquidaciones periódicas de intereses. Esto es precisamente lo que ha llevado a la

en el caso del pacto de una cláusula suelo cero, en la que el notario actuante estimaba innecesaria la exigencia legal dado el carácter retribuido del préstamo, entendiendo el Centro Directivo obligatoria la expresión, entre otros argumentos, porque el artículo 6 de la Ley no se limita a la cláusula suelo, sino a las cláusulas que establezcan límites a la variabilidad del interés. La consecuencia de la ausencia de la expresión manuscrita es la nulidad de la cláusula por falta de transparencia y consiguiente abusividad de la cláusula⁵⁹³. La Resolución de 10 de diciembre de 2015⁵⁹⁴ considera exigible la expresión manuscrita en el caso de una cláusula que aclaraba que en el caso de que el funcionamiento del interés variable pactado en el contrato arrojará un interés negativo favorable al prestatario, ello nunca conllevaría la obligación de pago de intereses por la entidad prestamista. Esta interpretación extensiva de la exigencia de la expresión manuscrita en el entendimiento de que se trata de una interpretación en favor del consumidor,

Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) a sostener, en Resolución de 8.10.2015, la necesidad de la expresión manuscrita antes referida cuando se estipule que en ningún caso podrán devengarse intereses a favor del prestatario. A pesar de reconocer que “tal estipulación no constituye propiamente una cláusula suelo”¹⁹ y advertir que el art. 6 Ley 1/2013 debe interpretarse partiendo de la jurisprudencia sobre el control de transparencia²⁰ en contexto de cláusulas suelo²¹, concluye la DGRN que al constatarse una limitación a la baja de la variación del tipo de interés “aunque sea por la vía del no devengo” sin límite equivalente al alza, resultaría exigible la expresión manuscrita “como canon de transparencia”²². Conclusión rebatible porque si esa cláusula excluye el devengo de intereses (negativos, pues, a diferencia de la modalidad mixta, nunca afecta a los positivos que remuneran al prestamista) no habría acotación alguna del precio, luego no definiría lo que debe el consumidor a cambio del préstamo, sin requerir entonces –según la doctrina del Alto Tribunal citada, mas no interiorizada, por la DGRN– una transparencia cualificada²³, ni tampoco –desde la tesis de “requisito especial” alumbrada por el Centro Directivo²⁴– el manuscrito del prestatario de que comprende el impacto de lo reglado en su carga económica, la cual no cambiaría por operar (en concreto) la cláusula cero pura.”

⁵⁹³ “la alegación del notario recurrente de que al no fijar dicha norma de manera expresa los efectos de su incumplimiento, la falta de la expresión manuscrita no debe impedir la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario, no puede admitirse. Respecto de la no inscripción de la propia cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés porque su nulidad derivaría de la declaración general que en tal sentido realiza el artículo 8.1 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación en relación con las cláusulas predispuestas que contradigan una norma imperativa y el artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en relación con las cláusulas abusivas, dado que la falta de la expresión manuscrita provoca la ausencia transparencia de la estipulación y, en consecuencia, su abusividad en los términos señalados por el Tribunal Supremo. Y respecto de la escritura de préstamo hipotecario porque estas cláusulas de tipo suelo y similares configuran un objeto principal de los préstamos onerosos, como es el interés o precio, y, en consecuencia, la obligación de pago de intereses remuneratorios garantizada por la hipoteca, por lo que para la inscripción parcial de la escritura sin tales cláusulas, se precisa la solicitud expresa de los interesados (vid artículos 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2014, entre otras).”

⁵⁹⁴ BOE 28 de diciembre de 2015.

ha llevado a la DGRN a declarar exigible la misma respecto del hipotecante no deudor persona física en un préstamo concedido a una entidad jurídica⁵⁹⁵.

5.2.4. Posiciones críticas frente a la actuación preventiva de la calificación registral

La doctrina expansiva de la DGRN en materia de calificación de contratos celebrados bajo condiciones generales de la contratación con consumidores ha recibido diversas críticas, que desde este trabajo no se comparten. Se dice, en primer lugar, que la citada doctrina contraviene el tenor del artículo 84 del TRLGDCU, en tanto dicho precepto limita la denegación de la inscripción por el registrador (o la autorización por el notario) de las cláusulas cuya nulidad haya sido declarada por sentencia firme que además conste inscrita en el Registro General de Condiciones Generales de la Contratación. Que los registradores deben denegar la inscripción (y los notarios denegar la autorización) de estas cláusulas es evidente; pero no parece que ello impida que se deniegue la inscripción de otras en distintos supuestos, porque ni la Ley obliga al entendimiento limitado del precepto en tales términos, ni el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, como hemos visto, atribuye a las sentencias un efecto superior al derivado de la cosa juzgada, ni ello explicaría por qué en el ámbito de la Ley 2/2009 de 31 de marzo se amplía el efecto de la calificación a la conformidad de las cláusulas con la legislación vigente. El contenido de la calificación registral de la cláusula que se somete a la inscripción no puede justificarse por razón de la cualidad del prestamista, de forma que se establezcan dos controles de legalidad, uno atenuado, si el prestamista es una entidad de las reguladas en la Ley del Mercado de Valores y otro cualificado para las restantes entidades de contratación e intermediación de préstamos y créditos con consumidores. La interpretación literal que se postula desde dichos planteamientos tanto del

⁵⁹⁵ Resolución de 29 de septiembre de 2014, BOE 27 de octubre de 2014.

artículo 84 TRLGDCU como del comentado artículo 12 de la LH ha sido, como hemos explicado, superada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y por la doctrina de la DGRN, a través del principio de la efectividad y de la nulidad absoluta de las cláusulas contrarias a la normativa imperativa de protección de consumidores y usuarios.

Se ha sostenido asimismo que esta ampliación de la calificación del registrador al contenido de las cláusulas abusivas contraría el principio de contradicción que la jurisprudencia del TJUE ha declarado exigible para la declaración de nulidad de una cláusula abusiva en el ámbito de la Directiva 93/13/CE. La STJUE de 21 de febrero de 2013 citada ha declarado que “el principio de contradicción obliga, con carácter general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales”; y la STJUE de 4 de junio de 2009, también citada, declara que “el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula”. El carácter documental del procedimiento registral impediría la observancia del principio de contradicción contraviniendo la doctrina comunitaria expuesta.

A nuestro parecer, sin embargo, tal infracción no se produce. La STJUE de 21 de febrero de 2013 se dictó en el seno de un procedimiento contradictorio, con posibilidad de aplicación ampliamente del trámite de audiencia a instancias del juez que, de oficio, apreció la existencia de una cláusula abusiva. El principio de contradicción no precisa la misma observancia en la totalidad de los trámites procesales. En los procedimientos de base documental, como el monitorio, o en el procedimiento de ejecución, la valoración de la abusividad de una cláusula a *limine litis* por el Juzgador, no precisa en todo caso de la audiencia contradictoria de ambas partes, a nuestro juicio, y pese a la dicción literal de los artículos 552 y 815 de la LEC. Las

características de estos procedimientos, el primero con una inversión de la posición del deudor, que debe promover el juicio declarativo mediante la oposición al monitorio para evitar la producción de un título ejecutivo asimilado al judicial; y el procedimiento de ejecución, con actuación de apremio directa y limitación de los medios de oposición del deudor, aconsejan que el control judicial de la demanda en relación a la existencia de cláusulas abusivas se realice en el mismo momento de la admisión a trámite, cuando sólo está constituida como parte la demandante (o ejecutante, en rigor, en el procedimiento de ejecución). Las consecuencias de la falta de oposición del deudor en ambos casos obligan a potenciar el principio de efectividad a través del control judicial del clausulado en esa fase inicial del proceso. El principio de contradicción no se infringe por no dar en esta fase audiencia expresa al deudor consumidor, que podrá oponerse a la demanda tras su admisión. La opinión del deudor consumidor sólo en el caso de que informado sobre la abusividad de la cláusula reclamara de forma expresa su aplicación vincularía a la decisión del juzgador; y la esencia del principio de contradicción es el principio de audiencia y defensa, que no se ve alterado por una actuación precisamente protectora de oficio de los intereses del deudor⁵⁹⁶.

Si el principio de contradicción no en todo caso exige la audiencia del consumidor para la declaración de abusividad de una cláusula por el juez, con mayor razón no apreciamos su necesidad en los casos del procedimiento registral de calificación de las cláusulas. El Registrador no declara la nulidad de la cláusula, sino que, a la vista de la contrastación con la legalidad de aplicación, deniega (o suspende) la inscripción. No negamos que ello tiene trascendentes efectos para las partes, en especial en el ámbito de la inscripción de la hipoteca que analizamos. Pero el debate contradictorio queda en todo caso salvaguardado a través del acceso al recurso frente a la resolución del Registrador o, en su caso, frente a la resolución de la DGRN,

⁵⁹⁶ Para GARCÍA VILA, J.A. *op. cit.* pp. 211-212, La capacidad del juez (y no digamos ya del notario o el registrador) de apreciar «de oficio» la abusividad y la nulidad de una cláusula debe entenderse de un modo restrictivo, porque el principio de contradicción y el aquietamiento son también principios de Derecho comunitario que son de aplicación directa al Derecho nacional, criticando que pueda prescindirse del trámite de audiencia al deudor para declarar la abusividad de una cláusula, estimando que el remedio o protección es renunciable para el consumidor.

ante la jurisdicción civil. La inversión de la carga de litigar parece justificable en atención a los fines de defensa del consumidor que pretende la legislación protectora del mismo.

Por otra parte, el contrato no inscrito despliega efectos entre los contratantes. En todo caso, afectaría la denegación de la inscripción a la oponibilidad de la cláusula frente a terceros e incluso al mismo nacimiento de la garantía real hipotecaria. Pero *inter partes* no se ve afectada la relación jurídica por la calificación del Registrador. En cualquier caso, y como tiene declarado la misma DGRN, el control que se realiza a través de la calificación lo es del clausulado general predispuesto, lo que no impediría el pacto individual sobre la cláusula de ambos contratantes, sobre el que no se extendería el control del contenido de la calificación.

Por último debemos recordar el carácter de instrumento de seguridad preventiva ex ante del Registro de la Propiedad, con apoyo en el artículo 9.3 CE, que, en palabras de la Resolución de 19 de octubre de 2016, citada “actúa ex ante, evitando litigios y situaciones de conflicto con el carácter preventivo y cautelar propio de su naturaleza, y en el campo del que ahora se trata de protección del consumidor, actúa mediante la exclusión de la cláusula abusiva del contrato antes que pueda haber comenzado a desplegar sus efectos sobre el prestatario», lo que hace, dado el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca, que la calificación registral actúe como una circunstancia más del proceso de contratación que deriva de la operativa del principio de efectividad de la protección de los consumidores dentro del ámbito de la seguridad jurídica preventiva”.

5.3. El control-remedio judicial: ¿es la vía más idónea?

Hemos analizado a lo largo de este trabajo las opciones para la efectividad de la protección del consumidor en el procedimiento de ejecución hipotecaria. La opción legal de residenciar casi con exclusividad la protección del consumidor en los juzgados y tribunales produce disfunciones tanto desde el punto de vista de la protección efectiva y eficaz del consumidor, como desde el punto de vista de la seguridad del tráfico mercantil. El control judicial de oficio en el despacho de la ejecución plantea no pocos problemas de índole procesal, entre los que destacan la dudosa necesidad de convertir este incidente preliminar en un trámite contradictorio, con audiencia *necesaria* del deudor consumidor. No se trata únicamente de las dificultades reales de localización y emplazamiento del deudor, o la exigibilidad de la postulación para este trámite de audiencia, sino de compatibilizar el silencio del deudor o las alegaciones parciales del mismo con el trámite ulterior de la oposición a la ejecución. E incluso de compatibilizar el análisis preliminar de oficio del juzgador con el incidente ulterior de oposición a la ejecución, basado en otras cláusulas que ya se rechazaron por el mismo juez en el trámite de control de oficio.

No menos dudas plantea, como hemos intentado exponer, el incidente de oposición a la ejecución respecto del ulterior procedimiento declarativo regulado en el artículo 698 de la LEC. Las limitaciones de los medios de prueba en este incidente contrastan con la amplitud de la alegación de nulidad de cláusulas abusivas, pero también no transparentes. Y la eficacia de cosa juzgada de la resolución que se dicte finalmente, incluso de aplicación del principio de preclusión del artículo 400 de la LEC, limitan de forma inadmisibile el debate y la prueba sobre la validez de la cláusula discutida.

El análisis por último del título en el procedimiento de ejecución hipotecaria se haya cercado por dos límites objetivos: la cláusula debe ser fundamento de la ejecución o determinar la cuantía exigible; dejando por ello fuera muchas alegaciones sobre el título que han podido tener incidencia

notable en el débito reclamado, por haber conllevado gastos o imposiciones ilegítimas que puedan haber afectado a la solvencia del deudor. En este sentido debemos recordar la imposibilidad de alegar la compensación de deudas, permitiendo que el deudor pueda ver reconocido su derecho al recobro de las cantidades abonadas indebidamente en virtud de una cláusula nula (piénsese en la cláusula suelo) en un procedimiento declarativo ad hoc, y sin embargo no pueda oponerse a la ejecución del título parcialmente anulado en base a la inexistencia de deuda por compensación. Solución claramente injusta y de difícil solución en la actual regulación procesal, en tanto no se permita discutir en la misma el cumplimiento del título garantizado por la hipoteca.

A nuestro juicio, la introducción asistemática de la cláusula de oposición a la ejecución hipotecaria introducida por la Ley 1/13 de 14 de mayo sobre la existencia de cláusulas abusivas, ha generado una distinción de trato entre los deudores hipotecarios injustificada desde el punto de vista constitucional: sólo el deudor consumidor puede invocar cláusulas atinentes al título garantizado, limitándose la oposición de los restantes deudores hipotecarios a las causas que afectan a la subsistencia de la garantía o la liquidación de la deuda. Creemos que ello urge, como hemos indicado, una reforma que causalice la oposición a la ejecución hipotecaria, permitiendo la oposición al título en términos similares a los previstos en el artículo 557 de la LEC para la ejecución de título no judicial.

Ello porque la actuación judicial de protección del consumidor en el procedimiento de ejecución hipotecaria se produce cuando el contrato ha entrado en crisis, cuando ha resultado incumplido y se acciona el mecanismo de la garantía hipotecaria. Recordemos que no estamos ante un remedio judicial en un procedimiento declarativo, en que se solicita la restauración del equilibrio contractual afectado por la imposición de las cláusulas con vulneración de los límites legales antes expuestos. El procedimiento de ejecución hipotecaria es el ámbito fundamental (no exclusivo, recordemos la posibilidad de ejecución notarial, así como la opción del acreedor de acudir al

proceso declarativo o a la ejecución ordinaria) del ejercicio del *ius distrahendi* de la hipoteca, cuando se ha producido la *conditio iuris* del incumplimiento del deudor.

No se trata de excluir en el procedimiento de ejecución hipotecaria el control judicial de la validez de las cláusulas impuestas al consumidor, pero si este procedimiento es el único mecanismo efectivo de protección del consumidor (ante la falta de promoción de un procedimiento declarativo previo, probablemente por el desconocimiento del funcionamiento de la cláusula discutida) el efecto que se produce es la duda en el procedimiento del nacimiento del mismo derecho a la ejecución hipotecaria, en tanto la cláusula pueda haber influido en el incumplimiento del deudor.

Si atendemos a la realidad práctica, son múltiples los incidentes de examen tanto de oficio como a instancia del consumidor, de las cláusulas del crédito hipotecario en el seno de la ejecución hipotecaria; múltiples los recursos de apelación frente a las resoluciones de instancias; y finalmente, múltiples los cuestionamientos que afectan a la propia prosecución del procedimiento, cuando se discute cuál es el interés objeto de aplicación al préstamo, o la muy controvertida cláusula de vencimiento anticipado, que finalmente ha lastrado la práctica totalidad de las ejecuciones hipotecarias, la mayor parte suspendidas en la segunda instancia, ante la pasividad nuevamente del legislador y las dudas respecto de su propia jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La existencia de mecanismos de control previo de legalidad en la formación del título ni pueden ni deben ser desaprovechadas con argumentos de índole corporativos o excesivamente procesalistas. No existe obstáculo alguno en residenciar el control del título en órganos administrativos o en la actuación notarial. Existen otros ordenamientos que permiten estos controles previos, que son compatibles con el deber de protección impuesto por la Directiva 93/13/CE. Es patente que en la realidad tales mecanismos han fallado, como resulta las múltiples (excesivas) cláusulas declaradas nulas en los créditos hipotecarios. Y ello acaba redundando en la efectividad de la

garantía hipotecaria como mecanismo no sólo de protección del acreedor, sino de refuerzo de su crédito como valor económico patrimonializable del acreedor.

5.4 *Excursus*: Anteproyecto de Ley XX/2016 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario

En trámite se encuentra el Anteproyecto de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que pretende incorporar, de forma tardía, a nuestro sistema de crédito inmobiliario la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010. El Anteproyecto recoge muchas de las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que hemos ido analizando en este trabajo, en relación a la contratación de créditos (incluyendo créditos y préstamos) con garantía hipotecaria cuando el prestatario es persona física y la garantía inmobiliaria recae sobre vivienda o inmuebles de uso residencia.

Aunque la pretensión inicial es la trasposición de la Directiva, se amplía su ámbito de protección, extendiéndolo no sólo al prestatario consumidor, sino a todo prestatario persona física, así como al garante o fiador persona física, siempre que la hipoteca recaiga sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (sin que sea preciso que se trate de vivienda habitual).

La norma limita su aplicación a los contratos que celebren los prestatarios con personas físicas o jurídicas que de manera profesional realicen alguna de las siguientes actividades:

a) La concesión de préstamos o créditos con garantía hipotecaria sobre inmueble de uso residencial, u otro derecho real de garantía sobre un bien inmueble de uso residencial.

b) La concesión de préstamos o créditos cuya finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o edificios construidos o por construir, siempre que el prestatario, el garante o el titular de la garantía sea un consumidor.

c) La intermediación para la celebración de una de las modalidades de contrato a que se refieren las letras anteriores.

Se recoge en su artículo tercero una cláusula de irrenunciabilidad, estableciendo que sus normas tendrán carácter imperativo, como también lo tendrán las normas de desarrollo.

La propuesta normativa regula la transparencia imponiendo en primer lugar, un deber de actuación de manera honesta, imparcial, transparente y profesional al prestamista o intermediario del crédito, respetando los derechos y los intereses de los prestatarios. En segundo lugar, se establece un auténtico deber de información a cargo del prestamista o intermediario, que no supondrá coste alguno para el prestatario. El prestamista deberá entregar al potencial prestatario, la siguiente documentación:

a) la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad durante un plazo de siete días desde su entrega.

b) una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) en la que se informará al prestatario o potencial prestatario de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes, debiendo incluir, al menos, una referencia, en su caso, a las limitaciones a la baja a la variación del tipo de interés, a la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago de cierto número de cuotas y los gastos derivados de ello, a la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo y que se trata de un préstamo en moneda extranjera.

c) en caso de tratarse de un préstamo a tipo de interés variable, de un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a

satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés,

d) una copia del proyecto de contrato, cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato, especificando los que corresponden al arancel notarial, a los derechos registrales, al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y a los costes de labores de gestión.

e) la advertencia al prestatario de la posibilidad de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario designado para la elevación a público del contrato de préstamo, sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega conforme a este apartado.

En segundo lugar, se refuerza la intervención notarial en la contratación como instrumento de la transparencia material, a través de potenciar la labor de asesoramiento notarial, sin coste adicional alguno. El notario deberá levantar un acta, en que incluya el cumplimiento de los plazos de entrega de la documentación, una expresión manuscrita por parte del prestatario de haber recibido con antelación mínima de siete días la documentación expresada, y las *pruebas* realizadas para el entendimiento de diversos ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés y en su caso de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros suscritos con ocasión del préstamo o crédito.

El acta extendida por el notario presume el cumplimiento de la transparencia en la contratación, en el aspecto material de la misma, en palabras del propio Anteproyecto.

De no comparecer el prestatario ante notario elegido en este plazo (el prestamista debe remitir la documentación del artículo 5 al notario elegido al tiempo de su entrega al prestatario), se ha de levantar acta haciendo constar

tal extremo. Y de no haberse otorgado esta acta, el notario no autorizará la escritura de documentación del crédito con garantía hipotecaria. Paralelamente se modifica el régimen disciplinario de los notarios, introduciendo como falta muy grave “el incumplimiento del período de información precontractual obligatorio previo a la autorización de la escritura en los préstamos y créditos hipotecarios sobre vivienda residencial y de levantar el acta previa a su formalización en los términos previstos en la ley”. En sentido similar, se prohíbe la inscripción del crédito con garantía inmobiliaria de no constar el cumplimiento de los artículos 5 y 6 de la ley.

En relación a los intereses variables se establece la inmodificabilidad del tipo salvo acuerdo de los contratantes y sin perjuicio del contenido del artículo 85 del TRLGDCU, pudiendo adoptarse para calcular el tipo aplicable aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

a) Ser claro, accesible, objetivo y verificable por las partes en el contrato de préstamo y por las autoridades competentes.

b) Calcularse a coste de mercado y no ser susceptible de influencia por el propio prestamista, o en virtud de acuerdos con otros prestamistas o prácticas conscientemente paralelas.

c) Los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

Afronta el Anteproyecto el problema de la cláusula de vencimiento anticipado, regulando en su artículo 15 los supuestos en que perderá el deudor el derecho al plazo dentro del ámbito de la norma, debiendo concurrir conjuntamente las siguientes circunstancias:

a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de sus cuotas de amortización.

b) Que las cuotas de amortización vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

i. Al [tres] por ciento del valor del préstamo, si el plazo de amortización de la obligación garantizada fuera inferior a diez años o, en el caso de ser a diez años, el incumplimiento se produjera dentro del periodo de los diez primeros años de dicho plazo.

ii. Al [cinco] por ciento del valor del préstamo, si el plazo de amortización de la obligación garantizada es superior a diez años y el incumplimiento se produce más allá del periodo de los diez primeros años de dicho plazo.

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos quince días para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total del préstamo. [En el requerimiento, el prestamista deberá ofrecer al prestatario la posibilidad de negociar durante el mismo plazo un acuerdo de modificación de las condiciones del préstamo].

La norma no admite pacto en contrario y a ella se remite el artículo 693 de la LEC, que también se modifica, remitiéndose en caso de prestatario persona física cuando la garantía recaiga sobre vivienda o inmueble residencial a lo previsto en el artículo 15 transcrito. Obsérvese que el artículo 15 no prevé en su redacción actual, plazo expreso para que proceda el vencimiento anticipado de la obligación, circunstancia de la que se prescinde también en el artículo 693 de la LEC para el caso de garantía hipotecaria sobre vivienda, por lo que la dicción legal parece permitir el vencimiento anticipado *en todo caso*, incluso a falta de pacto expreso. Hasta el extremo que la disposición transitoria primera de la norma establece que “quedará regulado bajo los términos de esta ley el vencimiento anticipado de los contratos que tenga lugar a partir de la entrada en vigor de esta norma, *aunque los contratos se hubieran celebrado con anterioridad e incluso aunque contuvieran alguna estipulación al respecto*”.

En relación a los intereses de demora, también se introduce una nueva regulación imperativa sobre los mismos, en el artículo 16 del Anteproyecto, disponiendo que será el triple del interés legal del dinero vigente a lo largo

del período en el que aquel resulte exigible, incrementado en dos puntos porcentuales, devengándose únicamente sobre el principal pendiente de pago, sin que puedan ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Paralelamente se da nueva redacción al ya modificado artículo 114 de la LH, disponiendo que “en caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el triple del interés legal del dinero vigente a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal pendiente de pago y no podrá ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este párrafo no admitirán pacto en contrario”. La discrepancia entre ambos preceptos deberá, a mi juicio, resolverse teniendo en cuenta el ámbito del artículo 114 de la LH, referido únicamente a los intereses moratorios asegurados por la garantía inmobiliaria en perjuicio de tercero, de no tratarse de un defecto de redacción.

El Anteproyecto contiene importantes modificaciones de la Ley Hipotecaria. En primer lugar, modifica el tan denostado párrafo segundo del artículo 12 de la LH, recogiendo el deber de calificación registral sobre las llamadas cláusulas financieras de la hipoteca, cualquiera que sea la entidad acreedora: “Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca, cualquiera que sea la entidad acreedora, en caso de calificación registral favorable de las mismas y de las demás cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización”.

En segundo lugar, el artículo 129 de la LH se modifica para recoger la regulación de la ley sobre el vencimiento anticipado anteriormente transcrita.

Y en tercer lugar, consolidando legalmente la doctrina de la DGRN sobre la calificación registral de cláusulas abusivas del contrato, el artículo 258 de la LH dispone que el registrador denegará la inscripción de aquellas

cláusulas de los contratos que sean *contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación*.

Para ello se pretende reforzar el Registro de Condiciones Generales de la Contratación declarando la obligación de inscripción de las sentencias firmes *dictadas en acciones colectivas o individuales* por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas. Y se modifica el artículo 84 del TRLGCU cuyo texto será el siguiente: “Los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, *no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas en sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación*”.

Por último, resaltamos el nuevo incidente extraordinario de oposición a la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas, aplicable tanto a la ejecución ordinaria como a la extraordinaria, por plazo de 10 días, que se computará desde el día siguiente a la notificación del auto por el que se comunique a las partes ejecutadas la posibilidad de formular incidente extraordinario en los términos indicados en el apartado anterior. Esta notificación deberá realizarse en el plazo de un mes a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, teniendo efectos suspensivos de la ejecución y como límite final la puesta en posesión del inmueble al adquirente.

Esta disposición trae causa directa en la STJUE de 29 de octubre de 2015, asunto C-8/15, en la cual el TJUE analiza el plazo extraordinario de oposición a la ejecución introducido por la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/13 de 14 de mayo para las ejecuciones hipotecarias (plazo de un mes a contar desde la publicación en el BOE de la Ley) a la Directiva 93/13/CE. Si bien el TJUE consideró que el plazo de un mes para este nuevo incidente de

oposición de carácter extraordinario introducido por la norma para paliar la falta de posibilidad de oposición por la existencia de cláusulas abusivas en los procedimientos aún en vigor a la promulgación de la norma, no era contrario al principio de efectividad en la protección de los consumidores, sin embargo sí consideró que la notificación entendida automáticamente desde la publicación de la Ley sí vulneraba dicho principio de efectividad:

La disposición transitoria controvertida, en la medida en que prevé que el plazo preclusivo comienza a correr en el presente caso sin que los consumidores afectados sean informados personalmente de la posibilidad de alegar un nuevo motivo de oposición en el marco de un procedimiento de ejecución ya iniciado antes de entrar en vigor esa Ley, no garantiza que se pueda aprovechar plenamente ese plazo y, en consecuencia, no garantiza el ejercicio efectivo del nuevo derecho reconocido por la modificación legislativa en cuestión.

En efecto, habida cuenta del desarrollo, de la particularidad y de la complejidad del procedimiento y de la legislación aplicable, existe un riesgo elevado de que ese plazo expire sin que los consumidores afectados puedan hacer valer de forma efectiva y útil sus derechos por la vía judicial, debido en particular al hecho de que ignoran o no perciben, en realidad, la amplitud exacta de esos derechos.

CONCLUSIONES

PRIMERA

La crisis económica que ha atravesado, y en parte continúa atravesando, nuestro país ha puesto de manifiesto la insuficiencia de la actual regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria para hacer frente a la nueva significación económica y social de la garantía hipotecaria. Desde el punto de vista económico, el funcionamiento de la hipoteca como mecanismo de financiación del prestatario convive con la utilización de la hipoteca como medio de financiación de las entidades bancarias a través de la titulización. Ello incide en el proceso, al discutirse la legitimación activa de las entidades bancarias cuando el préstamo ha sido titulado, pese a aparecer como titular registral de la garantía. Pero también tiene incidencia en la contratación del crédito responsable, cuando el estudio de la solvencia del deudor y la suficiencia de la garantía se han relajado a través de la incentivación consciente del negocio hipotecario.

Desde el punto de vista social, la contratación seriada en materia de créditos con garantía hipotecaria, claramente potenciada y estimulada por la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario, ha permitido la introducción sistemática y generalizada de cláusulas abusivas o con defectos de transparencia en los contratos celebrados con consumidores, que no han encontrado instrumentos de control preventivo en los mecanismos de control de la legalidad del título, en referencia al control notarial y registral del título.

La regulación legal del procedimiento de ejecución hipotecaria, que ha contado con el beneplácito del Tribunal Constitucional, ha impedido remediar los defectos del título, evidenciando con crudeza la insatisfacción del sistema para dar respuesta al principio de efectividad en la defensa del consumidor. El respaldo que el procedimiento ha recibido por parte del Tribunal Constitucional, como hemos observado en el capítulo tercero, en el auto n°

113/2011, tiene su origen en un concepto histórico del procedimiento, de carácter registral, contenido en el precedente artículo 131 de la LH, que hoy no encuentra fácil acomodo con los principios de contradicción y audiencia que informan el procedimiento de ejecución en la actual regulación procesal.

Entre otros aspectos, en relación con esta doctrina constitucional, en virtud de la investigación realizada, en el presente trabajo se ha demostrado que las reformas introducidas en el procedimiento de ejecución hipotecaria a raíz de los distintos pronunciamientos del TJUE otorgan una confusa defensa del deudor consumidor en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria y que, a su vez, pone de relieve la dudosa constitucionalidad del derecho de defensa del deudor hipotecario en este proceso.

SEGUNDA

Como hemos visto en el capítulo segundo, la hipoteca conlleva un refuerzo del valor del crédito del acreedor, sin llegar a constituir un cambio en su naturaleza jurídica. Se trata de un refuerzo del valor en el tráfico del crédito hipotecario para el acreedor, que no es correlativo a la pérdida de valor en el comercio del bien hipotecado que experimenta o sufre el deudor hipotecario por la garantía, sino que se manifiesta por la fuerza ejecutiva de la hipoteca, desligada de la titularidad de la finca y de la solvencia del deudor. Clara expresión de la mutación del crédito por la adición de la garantía es la posibilidad de su utilización como mecanismo de financiación de la propia entidad crediticia acreedora, a través del instrumento, como se ha indicado, de la titulización, en los casos legalmente permitidos.

TERCERA

En el procedimiento de ejecución hipotecaria se ejercita una pretensión ejecutiva, que tiene un doble objeto: uno principal, la reclamación económica que pretende el acreedor; y un segundo, de ejercicio del *ius distrahendi* de la hipoteca, limitando la ejecución al bien dado en garantía, salvo que la misma

continúe ante la insuficiencia del producto de la venta del bien, en los términos del artículo 579 de la LEC. Se trata, en este segundo caso, de la ejecución de la garantía ante la prohibición del pacto comisorio. Por ello, el título ejecutivo se va a integrar por dos contratos distintos, el referido al crédito garantizado y el contrato de hipoteca, lo que exigirá la presentación de dos títulos ejecutivos distintos en los supuestos en que ambos contratos no se hayan documentado en el mismo documento: de un lado la escritura pública de documentación del crédito, revestida de sus formalidades legales, de acuerdo con el contenido del artículo 517 de la LEC, procediendo en defecto de su aportación, la denegación del despacho de la ejecución; el segundo, la escritura de constitución de la hipoteca inscrita en el Registro de la Propiedad, debiendo justificarse los requisitos del artículo 682 de la LEC y aportada en la forma establecida por el artículo 685 de la LEC. La falta de su aportación, o de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 682 de la LEC conllevará la denegación del despacho de la ejecución hipotecaria.

Concebida de esa forma la ejecución hipotecaria resulta cuestionable la limitación de los medios de oposición del deudor respecto de la exigibilidad, cuantía o extinción de la deuda garantizada, a pesar de la posibilidad de formulación por el deudor del procedimiento declarativo ulterior del artículo 698 de la LEC. El Tribunal Constitucional sostuvo la validez constitucional del procedimiento, configurándolo como vía de apremio, y reproduciendo los mismos argumentos que en su día legitimaron la constitucionalidad del procedimiento del artículo 131 de la LH, decisión que, a nuestro juicio, no ha valorado suficientemente la regulación actual en la LEC 1/2000 del procedimiento de ejecución como procedimiento autónomo y contradictorio, y la configuración del procedimiento de ejecución hipotecaria como *particularidades* de la ejecución ordinaria cuando se persigan de forma exclusiva los bienes hipotecados.

Frente a la realidad socioeconómica que suponen las ejecuciones hipotecarias masivas, y gracias al análisis que hemos realizado del procedimiento de ejecución hipotecaria en el capítulo tercero, sostenemos que

las restricciones de los medios de defensa y oposición del deudor hipotecario en el procedimiento de ejecución hipotecaria no pueden venir amparadas en el ejercicio del *ius distrahendi*, es decir, en la naturaleza del derecho ejercitado, sino que su justificación sólo puede sostenerse en los propios mecanismos procesales establecidos para garantizar al deudor la defensa de sus pretensiones.

CUARTA

La irrupción de la jurisprudencia del TJUE a través de las distintas cuestiones prejudiciales formuladas por los juzgados y tribunales nacionales ha provocado una fragmentaria modificación del procedimiento de ejecución hipotecaria que genera importantes paradojas en el seno del proceso, que obligan a replantearse la limitación mantenida de los medios de oposición del deudor hipotecario. El examen cuando el ejecutado tiene la condición de consumidor, tanto de oficio como a instancias del propio deudor, de la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de crédito garantizado como el propio contrato de constitución de la hipoteca, introduce en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria el debate sobre la validez del título ejecutivo. El régimen de recursos impuesto por el artículo 695 de la LEC, nuevamente a raíz de la doctrina del TJUE, así como la operativa del principio de preclusión del artículo 400 de la LEC conlleva que la resolución que se dicte sobre la existencia de cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria pueda tener alcance de cosa juzgada, impidiendo la promoción de un procedimiento declarativo ulterior, pese a la sumariedad con que está regulado en incidente de oposición a la ejecución hipotecaria.

La situación de vulnerabilidad del deudor consumidor empeora además si tenemos en cuenta que el consumidor no puede pretender en el procedimiento de ejecución hipotecaria en que ha sido declarada la nulidad de una cláusula abusiva que determine la cantidad exigible, la compensación de deudas, pudiendo sufrir la continuación de la ejecución pese a la

declaración de abusividad obtenida, afectando ello al principio de efectividad en la defensa del consumidor.

E igualmente, si la defensa del deudor consumidor se ha ampliado en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, también en relación a la validez del título ejecutivo garantizado, un diseño armónico del procedimiento de ejecución hipotecaria debería permitir a otros deudores hipotecarios, no consumidores, oponer excepciones en el procedimiento no referidas únicamente a la vigencia de la garantía o a la liquidez de la deuda.

QUINTA

La evolución doctrinal y jurisprudencial del llamado Derecho de consumo ha conducido a considerar al contrato de adhesión como una auténtica forma de contratar, que supera la clásica concepción del contrato, caracterizada por una asimetría de información entre las partes y por el control sobre la disposición del clausulado del contrato por una de las partes, el predisponente. Ello conlleva el establecimiento de límites no extrínsecos al contrato (artículo 1255 del CC), sino intrínsecos al mismo que justifiquen la legalidad del contrato de adhesión.

Tales límites se diferencian según afecten o no al llamado contenido esencial del contrato, respecto del cual se admite jurisprudencialmente (y por la mayoría de la doctrina), que pueda conformarse a través de condiciones generales de la contratación. En este caso, la legalidad del clausulado viene determinada por la superación del llamado control de inclusión y por el doble control de inclusión o control de transparencia.

El control de transparencia se impulsa jurisprudencialmente a partir de la STS de 9 de mayo de 2013 y se anuda al deber de información precontractual del predisponente, de forma que el consumidor comprenda, no de forma meramente gramatical el contenido de la cláusula, sino el verdadero significado jurídico y económico que la cláusula atribuye al contrato. La

obligación impuesta al predisponente para que la cláusula sea transparente surge del dominio de la información.

Sin llegar a configurarse doctrinalmente un deber de información del predisponente, la doctrina expuesta conlleva que el incumplimiento del deber de información o su insuficiencia califique a la cláusula como abusiva *en todo caso* por ocasionar un desequilibrio grave en las posiciones contractuales de ambas partes. Como hemos explicado en el capítulo cuarto, para una parte de la doctrina el deber de transparencia se ha de insertar en el control de inclusión, no provocando la abusividad de la cláusula, sino la expulsión de la misma del contrato; en tanto otros autores critican la relación inmediata del deber de transparencia con la abusividad de la cláusula, estimando que la falta de transparencia sólo abre la vía del control del contenido sobre los elementos esenciales del contrato, debiendo en todo caso valorarse la adecuación de la regulación a la buena fe y al equilibrio contractual de las partes.

Posiblemente la asimilación directa contenida en la doctrina jurisprudencial entre falta de transparencia y abusividad llegó a permitir la anulación de la cláusula suelo a través de una acción colectiva, lo que tiene notable incidencia en las acciones individuales promovidas por los consumidores con amparo en la doctrina jurisprudencial expuesta: la información precontractual sólo avalará la cláusula suelo en cuanto exteriorice una negociación y aceptación individualizada de la misma.

SEXTA

Los mecanismos de control abstracto y concreto de los contratos de adhesión celebrados con consumidores se han residenciado judicialmente, de manera principal, en nuestro derecho interno, a través de las acciones colectivas y del control por el propio consumidor en acciones individuales de nulidad del clausulado. La difícil interrelación entre las mismas, especialmente en relación a la acción de cesación, se ha puesto de manifiesto

con referencia al instituto de la cosa juzgada. En primer lugar, por la posibilidad de suspensión por prejudicialidad civil, e incluso por litispendencia, de una acción individual ante la interposición por una entidad habilitada de una acción colectiva de cesación referida a idéntica cláusula; en segundo lugar, por la incidencia posterior de la cosa juzgada con relación a los efectos económicos derivados de la pretensión resarcitoria acumulada a la acción de cesación, respecto del pronunciamiento jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la retroactividad limitada de la nulidad de las llamadas cláusula suelo.

La supresión del llamamiento a los consumidores en la promoción de la acción de cesación y la inexistencia de un trámite de apartamiento o separación del consumidor de la acción colectiva ha conducido tanto a la jurisprudencia del TJUE como del TC a considerar el distinto objeto, los distintos efectos de ambas acciones, y la vulneración incluso del derecho a la autonomía privada del consumidor, desconectando ambas acciones a fin de evitar que lo que se configura como mecanismos sumativos de protección al consumidor, acaben provocando el efecto contrario al pretendido.

SÉPTIMA

La jurisprudencia del TJUE ha incidido en el control de oficio por el juez como mecanismo de compensación del desequilibrio contractual entre las partes. De la doctrina del TJUE resultan como notas caracterizadoras de dicho control de oficio las siguientes: se trata de una obligación, no de una mera potestad del juzgador, que se ha de ejercer en cuanto se tengan los elementos de hecho y de derecho suficientes para calificar de abusiva la cláusula, sin sujeción a plazos o trámites preestablecidos que dificulten el principio de efectividad en la protección del consumidor; el principio de contradicción ínsito en el Derecho de la Unión habrá de ser observado por el juez en este trámite de control de oficio del clausulado, instaurando un debate contradictorio entre las partes antes de la resolución; el juez, sin embargo, no quedará vinculado por las alegaciones del consumidor salvo que, informado

previamente del carácter abusivo de la cláusula, el consumidor reclame la aplicación de la misma, lo que en sí equivale al resultado de la aceptación individualizada de la cláusula; el control por parte del juez encuentra un límite lícito en el efecto de la cosa juzgada formal en el curso del procedimiento, de acuerdo con el contenido del artículo 207 de la LEC. Sin embargo, ello no puede interpretarse en el sentido de la imposibilidad de analizar una cláusula abusiva cuando haya precluido el trámite previsto legalmente para ello, sino únicamente cuando la cláusula ya ha sido objeto de valoración de oficio por el juzgador.

En el capítulo cuarto de esta tesis doctoral hemos expuesto los límites a los que queda sujeto el control judicial de oficio en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria:

En primer lugar, límites objetivos derivados de que la cláusula debe constituir el fundamento de la ejecución o determinar la cantidad por la que se despacha la misma, con lo que quedan fuera de este control cláusulas trascendentes en la ejecución pero que dudosamente se ajustan a la prevención legal, como la cláusula que fija el valor contractual de tasación de la finca a efectos de subasta.

En segundo lugar, límites subjetivos que afectan a las partes del procedimiento de ejecución hipotecaria y la polémica situación del fiador personal en el procedimiento. Entendemos que frente al fiador, que no es deudor, no deberá dirigirse la demanda y el procedimiento, pero podrá comparecer voluntariamente y defender la condición de abusiva de alguna de las cláusulas que le afecten, tanto de la obligación garantizada, como de la fianza. La condición de consumidor del fiador no se deriva de la obligación garantizada, sino del propio contrato de fianza y de la finalidad con la que el fiador interviene en el mismo, por tratarse de contratos vinculados pero independientes.

En tercer lugar, apreciamos límites procesales, derivados de la complejidad de la introducción del trámite de audiencia obligatoria al deudor hipotecario en el momento del despacho de la ejecución, y la relación de su

postura procesal respecto del trámite ulterior de la oposición a la ejecución. Creemos necesaria una interpretación flexible, que no requiera necesariamente este trámite de audiencia al deudor por el juzgador. Como hemos expuesto a lo largo de esta investigación, no se trata obviar el principio de contradicción que, como indica el TJUE, se encuentra ínsito en el Derecho de la Unión, sino de valorar este principio en relación a la naturaleza del procedimiento y del control de oficio que se desarrolla en él. Dada la fuerza del título y las consecuencias respecto del patrimonio del deudor, el despacho de ejecución requiere de una actuación positiva del juez, abriendo únicamente la ejecución por contratos cuyo clausulado no sea cuestionable *prima facie*. No es razonablemente imaginable que en este tipo de procedimiento el consumidor reclame la aplicación de una cláusula que, tachada por el juez de abusiva, agrave su posición en la ejecución, con lo que el trámite resulta redundante e innecesario.

Hemos señalado asimismo en el capítulo cuarto, de forma especial la trascendencia de la doctrina del TS contenida en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado respecto del procedimiento de ejecución hipotecaria, que ha propiciado incluso el planteamiento por el TS de una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la conformidad de su doctrina con la Directiva 93/13/CE. Las mejoras introducidas en el procedimiento de ejecución hipotecaria a partir de la Ley 1/13 de 14 de mayo, tanto para la protección de los consumidores como para la protección del deudor vulnerable o de la vivienda familiar, no pueden constituir límites a los efectos derivados de la declaración de nulidad de una cláusula como la de vencimiento anticipado, que no condiciona la pervivencia del contrato, sino únicamente la ejecución a través del cauce de la ejecución hipotecaria por el total de la deuda antes de la finalización del plazo contractual de la obligación.

OCTAVA

La naturaleza del título ejecutivo que permite el despacho de la ejecución hipotecaria conlleva la intervención previa en la formación del título tanto del notario autorizante de la escritura pública de otorgamiento del crédito hipotecario, o en su caso, de la garantía inmobiliaria, como del registrador de la propiedad en la inscripción necesaria para la efectividad del derecho real de hipoteca. Ambos son elementos de seguridad preventiva, y del control preventivo de la legalidad del título.

La intervención notarial en la formación del título ejecutivo no se proyecta únicamente en el ámbito de la fe pública notarial, mediante la fijación de las relaciones jurídicas y la prueba del negocio documentado, sino que también se extiende al control previo de la legalidad del negocio jurídico autorizado. Se trata de un control previo a la forma del negocio, que se proyecta sobre los elementos formales del mismo, pero también sobre la adecuación del negocio al ordenamiento jurídico y que refuerza el principio de confianza del consumidor en la contratación.

El control registral del título, en cambio, es posterior al mismo, y dirigido a la publicidad y oponibilidad del título, a través de la calificación registral, reforzando la confianza en la apariencia del registro. Los principios de legitimación y fe pública registral se basan en el principio de legalidad que sustenta la calificación del registrador sobre el título, requiriendo que la publicidad registral se refiera a actos válidos en derecho.

Los obstáculos tanto legales, como derivados de la interpretación jurisprudencial y registral y de una mal entendida protección de intereses corporativos implicados, han provocado un insatisfactorio funcionamiento de estos filtros de legalidad preventiva, permitiendo que contratos con cláusulas abusivas o que adolecían de transparencia adquirieran eficacia ejecutiva.

La fuerza expansiva de la jurisprudencia comunitaria, anteriormente estudiada, ha provocado la apertura de mecanismos de defensa y control del consumidor en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, frenando

la fuerza ejecutiva del título al cuestionarse la validez material del mismo; y creando una crisis sin precedentes de un procedimiento pensado para el ejercicio del *ius distrahendi* del derecho real de hipoteca, que no parece tener fácil resolución en atención a las cuestiones prejudiciales pendientes de resolución ante el TJUE.

Derivado de la investigación realizada, resaltamos en el capítulo quinto cómo el control remedio judicial en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, sin dejar de ser trascendente y necesario, no constituye una solución satisfactoria. El procedimiento de ejecución hipotecaria se diseña para el ejercicio del *ius distrahendi* al producirse la *conditio iuris* que da lugar a la ejecución: el incumplimiento del deudor. El remedio judicial se diseña para dar solución al mencionado incumplimiento y satisfacción al acreedor. La sombra que proyecta en el procedimiento la existencia de cláusulas abusivas en el contrato garantizado o en el propio contrato de hipoteca se extiende a la misma realidad del incumplimiento del deudor, en tanto ha podido venir propiciado o, al menos potenciado, por la aplicación de cláusulas nulas.

El efecto final es la infectividad del mecanismo diseñado como cauce principal para la ejecución de la garantía inmobiliaria, lo que necesariamente influye en la fuerza misma del derecho real de garantía estudiado.

NOVENA

La situación expuesta requiere importantes medidas de actuación a fin de recuperar la confianza en la fuerza ejecutiva de la hipoteca y en la bondad del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Proponemos, en primer lugar, un refuerzo de los controles preventivos de legalidad en la formación del título ejecutivo hipotecario, permitiendo a notarios y registradores, en el ámbito de sus respectivas competencias, una valoración de la legalidad del negocio autorizado, apoyado en un ágil sistema

de recursos administrativos y judiciales que den finalmente seguridad jurídica a las decisiones de dichos profesionales.

La situación privilegiada de los notarios en el proceso de otorgamiento de la garantía hipotecaria debe resultar potenciada, extendiéndola a fases previas, a fin de garantizar la efectiva información precontractual recibida por el consumidor, huyendo de formularios extensos o estereotipados que no contribuyen a la transparencia de la negociación. El recurso a las *notas manuscritas* en la escritura de otorgamiento de la hipoteca no contribuye al refuerzo de la confianza en la labor asesora y de control de la legalidad del notario, además de no aportar mayor transparencia a la cláusula, tanto por el momento en que se produce, como por la forma en que ha cristalizado su texto.

Por otra parte, la especial trascendencia de la calificación registral obliga a depurar las cláusulas que acceden a la publicidad del Registro de la Propiedad, como refuerzo del principio de legalidad. El rechazo por el registrador de una cláusula por su carácter abusivo o no transparente no conlleva la declaración de nulidad de la cláusula, sino únicamente la denegación de su inscripción, sujeta además a revisión administrativa y judicial. Estimamos que la trascendencia para la seguridad del tráfico inmobiliario de la función expuesta justifica el coste para la entidad predisponente de acudir a los recursos pertinentes frente a la calificación del registrador.

En segundo lugar, estimamos necesaria una reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria que, reflejando el carácter accesorio y de garantía del derecho real de hipoteca, dé entrada en la ejecución hipotecaria a las causas de oposición referidas al negocio garantizado, extendiendo los motivos de oposición de la ejecución ordinaria al procedimiento de ejecución hipotecaria, sin perjuicio de los específicos motivos de oposición derivados de la extinción o cancelación de la garantía real. Los medios de prueba y recursos deben asimismo equipararse a los que se contemplan en la ejecución ordinaria, a fin de garantizar la coordinación del procedimiento de ejecución hipotecaria con

el proceso declarativo del artículo 698 de la LEC, a través de la cosa juzgada y de la preclusión del artículo 400 de la LEC.

BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN DOMENECH, Frederic (2009), *La ejecución hipotecaria*, Editorial Bosch, Barcelona.
- ÁLAMO GONZÁLEZ, Daniel P. (2012), *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ALBADALEJO, Manuel (2010), *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, Edisofer S.L., Madrid.
- ALBADALEJO GARCÍA, Manuel (2004), *Artículos 1822 a 1886 del Código Civil, tomo XXIII*, 2ª edición, en ALBADALEJO GARCÍA, Manuel / DÍAZ ALABART, Silvia (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Editorial EDERSA, Madrid.
- ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles (2014), “La reforma de la normativa de protección del deudor hipotecario”, en ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles (coord.), *Hacia un modelo de mercado hipotecario*, Dykinson, Madrid, pp. 13-40.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (1991), *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Editorial Civitas, Madrid.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (2017), “¿Y ahora qué?”, *InDret*, nº 1.
- ÁLFARO VALVERDE, Luis Genaro (2014), *El principio de audiencia. Evolución en el proceso civil*, Editorial Bosch, Barcelona.
- ALMENAR BELENGUER, Manuel (2016), “El control de oficio de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución. Problemas sustantivos y procesales”, en *Ejecución civil: especial referencia a la ejecución hipotecaria*, Cuadernos Digitales de Formación nº 33, CGPJ, Madrid, pp. 81-172.
- ALONSO PÉREZ, María Teresa (2012), “La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios

(Estudio de Derecho Contractual Europeo). En particular, sus diferencias con las obligaciones precontractuales de información y su función en orden a la determinación del objeto u objetos del contrato”, *InDret*, nº 3.

- ÁLVAREZ ÁLVARZ, Henar (2012), “La titularidad de la hipoteca flotante”, *Revista de Derecho bancario y bursátil*, nº 126, pp. 249-272.

-ÁLVAREZ-CAPEROCCHIPI, José Antonio (1986), *Curso de derechos reales, Tomo I*, Editorial Civitas S.A., Madrid.

-ÁLVAREZ-CAPEROCCHIPI, José Antonio (1987), *Curso de derechos reales, Tomo II*, Editorial Civitas, S.A., Madrid.

-ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan (2004), *La representación y la calificación notarial. Una reflexión sobre el valor del instrumento público*, *AFDUAM*, nº 8, pp. 249-310.
[https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/8/6900844%20\(249_310\).pdf](https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/8/6900844%20(249_310).pdf)

-ACHÓN BRUÑÉN, María José (2013), “Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales”, *Diario La Ley*, Nº 8127,

-ACHÓN BRUÑÉN, María José (2013), “Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013”, *Diario La Ley*, nº 8065.

- ACHÓN BRUÑÉN, María José (2017), “Efectos de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016: supuestos en que va a ser posible reclamar todas las cantidades indebidamente pagadas por la aplicación de la cláusula suelo y casos en que no”, *Diario La Ley*, nº 8904.

-ANGUITA RÍOS, Rosa María: *Control judicial y extrajudicial de las condiciones generales en el préstamo hipotecario*, www.uma.es/derecho-de-la-edificación/.../anguita-rios-control-judicial/ consultado el 8 de enero de 2015.

-ARANGUREN URRIZA, Francisco José (2016), “Control notarial de legalidad en los préstamos hipotecarios”, en ESPEJO LERDO DE TEJADA,

Manuel y MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo (dir.): *Vivienda, préstamo y ejecución*, Aranzadi, Navarra, pp. 741-794

-ARRANZ PUMAR, Gregorio (2009), *El mercado hipotecario español. Los títulos del mercado hipotecario*, Documento de trabajo 1, CUNEF Publicaciones, Madrid, 2009.

-ATAZ LÓPEZ, Joaquín / SALELLES CLIMENT, José Ramón (2009), *Tratado de contratos, Tomo I*, BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 139-297.

-AZOFRA VEGAS, Fernando (2008), “Hipotecas flotantes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 707, pp. 1179-1243.

-AZOFRA VEGAS, Fernando / BAYO SEVILLA, Santiago / DÍAZ BAULUZ, Cristina (2015): “Cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras y registro de la propiedad: consideraciones sobre la RDGRN de 24 de octubre de 2015”, *Diario La Ley*, nº 8622, pp. 1-34.

-AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel (2002), *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Editorial Cívitas, Madrid.

-BAENA RUIZ, Eduardo (1999), “Las partes en el proceso del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Especial referencia al ejecutado y a su régimen jurídico. Intervención de terceros”, *Estudios de Derecho judicial*, nº 23, pp. 19-154.

-BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio (2005), *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, Editorial Bosch, Barcelona.

-BALLUGUERA GÓMEZ, Carlos (2013), “Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (II). Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013”, *Diario La Ley*, nº 8081.

-BALLUGERA GÓMEZ, Carlos (2016), “Control notarial y registral de cláusulas abusivas, en *Ejecución Civil: especial referencia a la ejecución hipotecaria*, Cuadernos Digitales de Formación, nº 33, Madrid, CGPJ, pp.1-28.

- BASOZÁBAL ARRUE, Xavier (2009), “En torno a las obligaciones precontractuales de información”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, nº 2, pp. 647-711.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalle (2008), “Eficacia de los derechos patrimoniales”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 61, nº 3, pp. 1217-1260.
- BARONA VILAR, Silvia (1995), “El procedimiento ejecutivo del art. 131 de la ley hipotecaria (Sobre las SSTC 217/1993, de 30 de junio, y 296/1993, de 18 de octubre)”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 3, pp. 325-341.
- BAZ IZQUIERDO, Fernando (1981), “El sistema hipotecario inglés: rasgos esenciales”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 545, pp. 977-1029.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2009), “Introducción al derecho de contratos”, en BERCOVIT RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.) *Tratado de derecho de Contratos, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 99-126
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel (2014): “Calificación registral y protección de los consumidores”, *Actualidad Civil*, n. 4, Sección Estudios de Jurisprudencia, pág. 432, Tomo I, Editorial La Ley, La Ley 1350/2014.
- BLANCO GARCÍA, Ana Isabel (2015), *La tutela del cliente bancario y las ADR: La institución del Ombudsman. Una visión comparada entre España, Reino Unido y Australia*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BLANCO GARCÍA, Susana / BAQUERO LÓPEZ, María José (2006), *La titulación de activos en España*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- BLANQUER UBEROS, Roberto (2009), “El problema de la llamada “doble calificación”. No existen dos calificaciones superpuestas”, *Revista Teoría & Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, nº 5, pp. 15-37.
- BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula (2000), *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula (2015), *Instituciones de derecho civil. Derechos reales, Derecho registral inmobiliario*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BLÁZQUEZ MARTÍN, Raquel (2014), “Apuntes sobre el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas”, *Contratos bancarios y productos financieros y la protección del consumidor*, Cuadernos Digitales de Formación, nº 21, CGPJ, Madrid, pp. 53-84.
- BUSTO LAGO, José Manuel (2001), “El control registral de las condiciones de los contratos”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 667, pp. 1939-2004.
- BUSTOS PUECHE, José Enrique (1990), “Teoría general sobre los derechos de garantía, con especial atención al pacto comisorio”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 4, nº 3, pp. 539-572.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (1983), “Las condiciones generales de la contratación y la protección del consumidor”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, nº 4, pp. 1191- 1206.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio (2004), “Los sistemas registrales en el marco del Derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 57, nº 3, pp. 924-1002.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio (2006), *El control de las cláusulas “abusivas” sobre los elementos del contrato*, Editorial Aranzadi, Navarra.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio (2013), “¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 de mayo de 2013, sobre las cláusulas suelo”, *Cuaderno de Derecho trasnacional*, vol. 5, nº 2, pp. 209-233.

- CÁMARA LAPUENTE, Sergio (2017), “Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo”, *InDret*, nº 1.
- CANALS BRAGE, Fernando (2007), “El incierto porvenir de la hipoteca en España (a propósito de algunos proyectos más o menos normativos)”, *Diario La Ley*, nº 6691.
- CANLE FERNÁNDEZ, José Ignacio (2011), “Consideraciones sobre la hipoteca flotante: el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 723, pp. 229-364.
- CAÑIZARES LASO, Ana (2015), “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, nº 3, pp. 67-105.
- CARNELUTTI, Francesco (1941), *Instituciones del proceso civil*, volumen I, 5ª edición, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires. Traducción Santiago Sentis Melendo.
- CARRASCO PERERA, Ángel / GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen (2013), “La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelos conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 7, pp. 126-163.
- CARRASCO PERERA, Ángel (2013), “La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, pp. 58-65.
- CARRASCO PERERA, Ángel (2016), “Sobre el control de abusividad de la cláusula de ejecución notarial de la hipoteca”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 19, pp. 56-60.
- CARRASCO, Ángel / LYCZKOWSKA, Karolina (2014), “STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C-169/14, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. Un nuevo (y esta

vez defectuoso) pronunciamiento del TJUE sobre el procedimiento hipotecario español”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 10, pp. 1-13.

-CARRASCO PERERA, Ángel / CORDERO LOBATO, Encarna / MARÍN LÓPEZ, Jesús (2015): *Tratado de los derechos de garantía*, Editorial Aranzadi, Navarra.

-CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen (2016), *Negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria. Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*, Tirant lo Blanch, Valencia.

-CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (1998), *Derecho o Carga Real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Cedecs Editorial, Barcelona.

-CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (2006), “El hipotecante no deudor ¿un «fiador real» cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, nº 4, pp. 1667-1668.

-CHICO Y ORTIZ, José María (1973), “Presente y futuro del principio de calificación registral”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 496, pp. 579-610.

-CHIOVENDA, José (1922), *Principios de derecho procesal, tomo I*, Editorial Reus, Madrid. Traducido por José Casáis.

-COBAS COBIELLA, María Elena (2011), “¿Una doble calificación notarial y registral? Especial incidencia en el poder de representación”, en BLASCO GASCÓ, Francisco de P. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montes Penadés*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 647-665.

-Conclusiones de las Jornadas de fecha 8 de mayo de 2013 celebradas entre los Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Supremo y 20 Magistrados de Juzgados de Primera Instancia y las Audiencias Provinciales sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en las ejecuciones hipotecarias, CGPJ, formación continua, Madrid, www.poderjudicial.es.

-CORDÓN MORENO, Faustino (2014), “Dos cuestiones sobre la reforma del artículo 695.4 LEC por el Real-Decreto Ley 11/2014: su conformidad o no con la doctrina constitucional sobre el derecho a los recursos de inconstitucionalidad de su régimen transitorio”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 11, pp. 186-190.

-CORDÓN MORENO, Faustino (2016), “Relación entre la acción colectiva y la acción individual para la defensa de los derechos de los consumidores: cuestión prejudicial de derecho comunitario. Las conclusiones del Abogado General”, *Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas*, pp. 1-10, www.uclm.es/centro/cesco.

-CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín / GIMENO SENDRÁ, José Vicente / MORENO CATENA, Víctor (1993), *Derecho procesal, Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.

-CUENA CASAS, Matilde (2014), “Defensa colectiva de los consumidores ante prácticas y cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios. Propuestas de solución”, *Jornadas de ADICAE “Sin acción colectiva no hay justicia para los consumidores”*, disponible on line, publicaciones.adicae.net/publicaciones/.../Ponencia_Matilde_Cuena_2_octubre_2014

-DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1982), “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, nº 4, pp. 987-1086.

-DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1985), *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid.

-DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1987), *Las condiciones generales de los contratos, la eficacia de las Leyes*, Editorial Civitas, Madrid.

-DE COSSÍO y CORRAL, Alfonso (1956), *Instituciones de Derecho Hipotecario, 2ª Edición*, Editorial Bosch, Barcelona.

- DEFENSOR DEL PUEBLO, informe de 21 de enero de 2012: *Crisis económicas y deudores hipotecarios. Actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, Disponible on line.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel (1949), “Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real”, *Revista de Derecho privado*, pp. 377-422.
- DE LA MAZA GAZMURRI, Ignacio (2010), “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho*, nº 2, pp. 21-52.
- DE LA PUENTE ALFARO, Fernando (2002), “La eficacia de los derechos reales, con especial atención al de hipoteca, en los Estados Unidos de América. Un caso concreto: el condado de Dane, Wisconsin”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 674, pp. 2191-2274.
- DE LA REINA TARTIÈRE, Gabriel (2011), “Teoría general de las garantías reales”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 724, pp. 717-750.
- DE TORRES PEREA, José Manuel (2006), “Cláusulas abusivas en la contratación del préstamo con garantía hipotecaria para la financiación de compra de vivienda”, en CAÑIZARES LASO, Ana (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Editorial Tecnos, Madrid, pp. 233-265.
- DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús / PARRA LUCÁN, María Ángeles (2005), *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Editorial Dykinson, Madrid.
- DELGADO MARTÍN, Palmira (2014), “La seguridad jurídica como motor del tráfico inmobiliario”, en ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles (coord.), *Hacia un modelo de mercado hipotecario*, Editorial Dykinson, Madrid, pp. 137-150.
- DEL REY BARBA, Sebastián (2014), “La calificación registral de las cláusulas abusivas en las hipotecas”, en SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada / OLMEDO CARDENETE, Miguel (coord.): *Desahucios y*

ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 227-266.

-DÍAZ FRAILE, Juan María (2000), *Ejecución sobre bienes hipotecados*, Centro de Estudios Registrales, Madrid.

-DÍAZ FRAILE, Juan María (2013), “Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 732, pp. 1845-1905.

-DÍAZ FRAILE, Juan María (2015), *La deuda hipotecaria ante su ejecución: la tasación del bien hipotecado*, en ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel / MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*, Editorial Aranzadi, Navarra.

-DÍAZ FRAILE, Juan María (2013), “El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013”, *Deloitte y CISS*, www.ciss.es/publico/deloitte/2013_76_A_035 pdf. Consultado 7 de enero de 2015.

-DIÉGUEZ OLIVA, Rocío (2009), *El principio de accesoriedad y la patrimonialización del rango*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.

-DIEZ GARCÍA, Helena (2014), “Igualdad de armas y tutela judicial efectiva en el artículo 695.4 LEC tras el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre: crónica de una reforma legislativa anunciada (de los AATC 70/2014, 71/2014, 111/2014, 112/2014 y 113/2014 a la STJUE de 17 de julio de 2014)”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 28, pp. 201-262.

-DÍEZ-PICAZO, Luis (1976), “Autonomía privada y derechos reales”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 513, pp. 273-306.

-DIEZ- PICAZO, Luis (2006), “Contrato de consumo y derecho de contrato”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, nº 1, pp. 11-28.

- DÍEZ-PICAZO, Luis (2009), “Controles públicos y tráficos privados”, *Revista Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 5, pp. 6-12.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2012), *Fundamentos de derecho civil. Volumen I*, Editorial Cívitas, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, Luis / GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (1988), *Sistema de derecho civil, Volumen III*, Editorial Tecnos, Madrid.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Alberto (2013), “La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los tribunales”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 5, pp. 5-25.
- DOMÍNGUEZ ROMERO, Javier (2011), *El pacto de liquidación*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DOMÍNGUEZ ROMERO, Javier (2016), “Inaplicación del tipo de interés negativo. La cláusula cero en préstamos hipotecarios”, *InDret*, nº 1.
- DOMÍNGUEZ RUIZ, Lidia (2016), “Medidas de protección del deudor hipotecario: la limitación de los intereses de demora”, en ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel y MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo (dirs.): *Vivienda, préstamo y ejecución*, Editorial Aranzadi, Navarra, pp. 629-648.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino (2000), “Las cláusulas abusivas en contratos de consumo”, en NIETO CAROL, Ubaldo (coord.): *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, DirLex Nova, Valladolid, pp. 459-501.
- EBERS, Martín (2012), “Control del contenido y derecho dispositivo”, *InDret*, nº 1.
- ESTEBAN-HANZA NAVARRO, Emilio (2014), “El significado e importancia del valor de tasación en la ejecución hipotecaria”, en SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada y OLMEDO CARDENETE, Miguel (coords.): *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 677-698.

- FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio (2017), “Cláusula abusiva y ejecución hipotecaria notarial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de agosto de 2016 (RJ 2016, 3399)”, *Cuadernos Cívitas de jurisprudencia civil*, nº 103, pp. 431-454.
- FERNÁNDEZ SEIJÓ, José María (2014), “Tutela de oficio del juez en los procedimientos judiciales”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, extraordinario 1, pp. 181-196
- FERRANDIS VILELLA, J. (1960), “Introducción al estudio de los derechos reales de garantía”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 13, nº 1, pp. 37-63.
- GALLARDO RUEDA, Arturo (1949), “Fe pública y seguridad jurídica”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 2, nº 1, pp. 71-111.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Encarna (2009), “La pretendida doble calificación de los documentos notariales sujetos a inscripción”, *Teoría & Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, nº 5, pp. 67-90.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José (2015), *Procesos declarativos y proceso de ejecución*, 4ª Edición, Editorial Bosch, Barcelona.
- GARCÍA GARCÍA, Juan Manuel (1993), *Comentarios al Código Civil, arts. 1874-1880*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid.
- GARCÍA GARCÍA, Juan Manuel (1994), “La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 625, pp. 2239-2310.
- GARCÍA MAS, Francisco Javier (2014), “Algunas reflexiones sobre la protección del deudor hipotecario: especial consideración de la intervención notarial”, en ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles (coord.): *Hacia un modelo de mercado hipotecario*, Editorial Dyknsen, Madrid, pp. 69-90.
- GARCÍA VILA, José Antonio (2017), “Los límites al control de legalidad notarial y registral de las cláusulas abusivas. Comentario crítico a las Resoluciones de la DGRN de 19 de octubre de 2016”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 4, nº 1, pp. 183-218.

- GASTÓN INCHAUSTI, Fernando (2005), *La protección de los consumidores en el proceso civil español*, Publicado en la página web del Institut André Tunc de la Université Paris I – PanthéonSorbonne, <http://panjuris.univ-paris1.fr/pdf/texteINCHAUSTI.pdf>
- GIORGIANN, Michele (1967), “Los derechos reales”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 458, pp. 9-28.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro (1862), *Ley Hipotecaria, Tomo I*, Revista de Legislación, Madrid.
- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Celia (2012), *Las causas de exigibilidad anticipada del crédito en los contratos bancarios*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Javier (2000), “La normalización del Derecho Hipotecario procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 659, pp. 1857-1926.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Javier (2015), “Control notarial y registral de la legalidad de los préstamos hipotecarios”, en ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel / MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo (coords.): *Vivienda, préstamo y ejecución*, Aranzadi, Navarra, pp. 698-708.
- GONZÁLEZ CLAVIJO, José Ramón (2013), “Comentarios sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013 (asunto C-455/11 Mohamed Aziz-Catalunyacaixa)”, *Revista general de Derecho europeo*, nº 30.
- GONZÁLEZ POCANOWSKA, Isabel (2014), “El crédito garantizado con la hipoteca y el principio de fe pública registral”, en DÍAZ ALABART, Silvia (dir), *Cien años de la revista de Derecho privado (1913-2013)*, Editorial Reus, Barcelona.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María (2007), “La especialidad de los derechos reales como requisitos civil y registral y su extensión a todas las

situaciones jurídicas inscribibles”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 699, pp. 313-319.

- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María (2011), “Sobre la limitación de la responsabilidad del hipotencante deudor de la finca hipotecada. A vueltas con el auto 11/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 725, pp. 1611-1797.

-GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEDIA, María (2013), “El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados cuando existen cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario que lo originó; consecuencias de la STJUE, de 14 de marzo de 2013, y de la Ley 1/13 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, n° 738, pp. 2667-2690.

-GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEDIA, María (2013), “Un estudio sobre la hipoteca recargable: perspectiva actual y su reconversión en instrumento de refinanciación junto con la hipoteca flotante. Sus diferencias”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, n° 3, pp. 1109-1161.

-GORDILLO CAÑAS, Antonio (1995), “Bases de derecho de cosas y principios inmobiliarios registrales. Sistema español”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, n° 2, pp. 527-694.

-GORDILLO CAÑAS, Antonio (1994), “Las peculiaridades de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 47, n° 2, pp. 21-82.

-GORDILLO CAÑAS, Antonio (2001), “La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 54, n° 1, pp. 5-257.

-GORDILLO CAÑAS, Antonio (2004), “El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema registral”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 57, n° 2, pp. 381-548.

- GORDILLO CAÑAS, Antonio (2006), “El principio de fe pública registral I”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, nº 2, pp. 509-556.
- GRANDE SEARA, Pablo (2009), *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GUASP, Jaime (1952), “La pretensión procesal”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 5, nº 1, pp. 1-61.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (2001), “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación (crónica de lo incomprensible)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 54, nº 3, pp. 1105-1144.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (2004), “Artículos 1822 a 1886 del Código Civil”, en ALBADALEJO GARCÍA, Manuel / DÍAZ ALABART, Silvia (dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Editorial EDERSA, Madrid.
- GUZMÁN FLUJA, Vicente Carlos (2005), “Reflexiones en torno a la ejecución hipotecaria en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”, en MORENO CATENA, Víctor (dir.): *La ejecución civil*, Cuadernos de Derecho Judicial nº 53, CGPJ, Madrid.
- HERRADA BAZÁN, Víctor (2017), “Incumplimiento y resolución contractual (con particular referencia al retraso y a las cláusulas resolutorias)”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, nº 1, pp. 31-75.
- INFANTE RUIZ, Francisco J. (2004), *Las garantías personales y su causa*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- INFANTE RUIZ, Francisco J. (2005), “La exclusión de la regla *contra preferentem* en el procedimiento de control abstracto. (A propósito de la Sentencia TJCE, Sala 1ª, de 9 de septiembre de 2004 - Comisión Europea versus Reino de España-asunto C-70/03) (TJCE 2004, 227)”, *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, nº 15, pp. 159-173.

-Informe anual de la Relatora Especial de Vivienda de Naciones Unidas sobre la financiarización de la vivienda, Sra. Raquel Rolnik, de fecha 10 de agosto de 2012, [<http://observatoridesc.org/es/informe-relatora-vivienda-naciones-unidas-financiarizacion-vivienda>].

-Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, de 27 de abril de 2000, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52000DC0248>.

-JIMÉNEZ-ASENJO SOTOMAYOR, Luis (2010), “La acumulación en la ejecución sobre bienes hipotecados”, *Indret*, nº 2.

-JOCHEN ALBIEZ DOHROMANN, Klaus / CASTILLO PARRILLA, José Antonio (2015), “La cláusula de renuncia a la expresión manuscrita (a propósito de la RDGRN de 12 de marzo de 2015)”, en ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel y MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo (dirs.), *Vivienda, préstamo y ejecución*, Aranzadi, Navarra, pp. 235-256.

-KANT, Immanuel (1873), *Principios metafísicos del derecho*, traducido por G. Lizarraga, Librería de Vitoriano Suárez, Madrid.

-LACABA SÁNCHEZ, Fernando (2016), “La titulización de créditos hipotecarios. Nueva controversia en nuestro derecho hipotecario”, *Revista de Derecho vLex*, nº 144.

-LACASTA GOÑI, Miren / PANTELEÓN DÍAZ, Marta / PEDROZA FERNÁNDEZ, Luis Alberto (2012), “El papel del Juez y del legislador ante los retos de la ejecución hipotecaria. Reflexiones en torno al auto de la Audiencia Provincial de Navarra 111/2010 de 17 de diciembre”, *RJUAM*, nº 26, pp. 123-142.

-LACRUZ BERDEJO, José Luis (1981), “La causa en los contratos de garantía”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 57, nº 544, pp. 709-756.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros (2001), *Elementos de derecho civil. Sistema Inmobiliario Registral*, Editorial Dykinson, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros (2003), *Elementos de derecho civil III, Derechos Reales, 2ª Edición*, Editorial Dykinson, Madrid.
- LAFUENTE TORRALBA, Alberto José (2015), “Los obstáculos para el examen de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución: puntos ciegos y zonas de desprotección en el régimen vigente”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, nº 2, pp. 181-205.
- LAFUENTE TORRALBA, Alberto José (2015), “¿Es nuestro sistema de acciones colectivas una herramienta eficaz frente a los abusos en la contratación bancaria? Reflexiones al hilo de la “macrodemanda” contra la cláusula suelo”, en ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel y MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo (dirs): *Vivienda, préstamo y ejecución*, Aranzadi, Navarra, pp. 857-875.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (2008), *Derechos reales y derecho hipotecario. Principios de derechos civil V*, Marcial Pons, Madrid.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (2008), “La protección del consumidor como principio general del derecho”, *Nuevos derechos fundamentales en el ámbito del derecho privado*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, pp. 61-100.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (2014), *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Editorial Dykinson, Madrid.
- LÓPEZ LÓPEZ, Ángel M. (2009), “La calificación registral de las resoluciones judiciales. Notas críticas”, *Teoría & Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, nº 5, pp. 93-99.
- LÓPEZ LÓPEZ, Ángel M. (2012), *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y Bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LÓPEZ MEJÍAS, María / REQUENA TORRECILLAS, Cristina (2014), “La dación en pago como medio de extinción de las obligaciones derivadas de

préstamos con garantía hipotecaria”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, extraordinario 1, pp. 147-166.

-LLODRÁ GRIMALT, Francesca (2002), *El contrato celebrado bajo condiciones generales. Un estudio sobre los controles de incorporación y contenido*, Tirant lo Blanch, Valencia.

-MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos (1994), “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 47, nº 1, pp. 31-90.

-MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos (2015), “Principios inspiradores de la hipoteca, crisis económica y normas de excepción”, en ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel y MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo (dirs.): *Vivienda, préstamo y ejecución*, Aranzadi, Pamplona, pp. 259-301.

-MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia (2014), “La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y las últimas reformas legales”, *InDret*, nº 2, pp. 1-28.

-MARTÍNEZ-GIL VICH, José Luis (2008), “Privilegio exorbitante”, *El Notario del S. XXI*, nº 17, enero-febrero.

-MANZANO SOLANO, Antonio (1999), “Cancelación de asientos registrales como consecuencia de la ejecución hipotecaria”, *Cuestiones procesales y registrales en la ejecución hipotecaria. Cuadernos de Derecho judicial*, vol. 23, CGPJ, Madrid, pp. 313-430.

-MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P. (2011), “Derechos reales y titularidades reales”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 736, pp. 763-859.

-MIQUEL GONZÁLEZ, José María (2015), “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”, en ARELLANO GÓMEZ, Francisco Javier / DÍAZ GÓMEZ, Manuel Jesús (coord.): *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucio*, Junta de Andalucía, Consejería de Fomento y Vivienda, Sevilla, pp. 19-47.

- MIRA ROS, Corazón (2008), “Un nuevo enfoque procesal de la ejecución hipotecaria”, *Revista general de Derecho procesal*, nº 16, pp. 1-21.
- MIRALLÉS MARCELO, José Luis / DAZA IZQUERDO, Julio (2013), “Sistemas hipotecarios y dación en pago”, *Boletín de la Real Academia de Extremadura de las Letras y las Artes*, Tomo 21, pp. 257-307.
- MONTERO AROCA, Juan (1996), “Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 8, pp. 251-295.
- MONTERO AROCA, Juan (1998), *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MONTERO AROCA, Juan (2012), *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MONTERO AROCA, Juan / FLORS MATÍES, José (2013): *Tratado de procesos de ejecución civil, Tomo I, 2ª Edición*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MOTERO AROCA, Juan / GÓMEZ COLOMER, Juan Luis / BARONA VILAR, Silvia (2016), *Derecho jurisdiccional I, Parte General, 24ª Edición*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MORENO CATENA, Víctor / CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín / GIMENO SENDRA, Vicente (1993), *Introducción al derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MORENO CATENA, Víctor / CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (2000), *La ejecución forzosa*, en *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo IV*, Tecnos, Madrid.
- MUÑOZ GARCÍA, Carmen (2017), “Cláusula nula y su “no vinculación”. Excesos o rigores del TJUE en la sentencia de 21 de diciembre de 2016”, *Diario La Ley*, nº 8903.
- NASARRE AZNAR, Sergio (2014), “La vivienda habitual como causa y víctima de la crisis hipotecaria”, *Revista Teoría & Derecho*, nº 16, pp. 11-36.

- NICASIO JARAMILLO, Isabel María (2015), “El control judicial del valor de tasación de la finca en el procedimiento de ejecución hipotecaria”, en ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel / MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo (dirs.), *Vivienda, préstamo y ejecución*, Navarra, Aranzadi, pp. 81-102.
- NÚÑEZ LAGO, Rafael (1949), “Perfiles de fe pública”, *Anuario de Derecho Civil*, vol.2, nº 1, pp. 28-53.
- O’CALLAGHAM, Xavier (2004), *Compendio de derecho civil, Tomo III*, Editorial Edersa, Madrid.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (2012), *Derecho Civil Patrimonial I*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (2014), *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ORDUÑA MORENO, Francisco Javier (2016), *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ORTELLS RAMOS, Manuel (2013), “La ejecución forzosa civil. Tres cuestiones sobre qué ejecutar, quién puede o debe hacerlo y cómo”, *Revista de Derecho*, año 12, nº 22, 2013.
- PAGADOR LÓPEZ, Javier (1999), *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Marcial Pons, Madrid.
- PAGADOR LÓPEZ, Javier (2000), “Los requisitos de inclusión o incorporación: introducción y función”, en NIETO CAROL, Ubaldo (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, pp. 219-300.
- PASCUAL BROTONS, Cristina (2015), *El fiador personal en la ejecución hipotecaria*, Editorial Reus, Madrid.

- PASQUAU LIAÑO, Miguel (2014), *Lo abusivo y lo razonable. Facultades del juez para la normalización de los contratos de préstamo hipotecario*, en SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada / OLMEDO CARDENETE, Miguel (coord.), *Desahucio y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 213-226.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel (1999), *Derechos reales, Derecho Hipotecario, Tomo II*, Centro de Estudios Registrales, Madrid.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente (2004), “Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria: el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso declarativo posterior”, *Diario La Ley*, nº 8391, pp. 1-20.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco (2003), “El control de transparencia de los elementos esenciales del contrato”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 17,
- PERTÍÑEZ VILCHEZ, Francisco (2004), *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzandi, Navarra.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco (2013), “La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 1013”, *Diario La Ley*, nº 8036, pp. 1-9.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco (2017), “Algunas notas sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016 que declara contraria a derecho comunitario la doctrina jurisprudencial sobre la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo”, *InDret*, nº 1, pp. 1-15.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco (2017), *La nulidad de la cláusula suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia,
- PIZARRO MORENO, Eugenio (2015), *La expresión manuscrita en las cláusulas hipotecarias como símbolo de la modernidad*, en ESPEJO LERDO

DE TEJADA, Manuel / MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo (dirs.): *Vivienda, préstamo y ejecución*, Aranzadi, Navarra, pp. 877-891.

-PLANCHADELL GARGALLO, Andrea (2014), *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia.

-PLAZA PENADÉS, Javier (2013), “Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2012, sobre la cláusula suelo”, *Diario La Ley*, nº 8112.

-PUIG BRUTAU, José (1989), *Compendio de derechos reales, Volumen III, Derechos Reales, Derecho Hipotecario*, Editorial Bosch, Barcelona.

-Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994 sobre la situación y la organización del notariado en los doce Estados miembros de la Comunidad, DOCE, 14 de febrero de 1994.

-ROCA GUILLAMÓN, Juan (2000), “Reglas de interpretación de las condiciones generales de los contratos”, en NIETO CAROL, Ubaldo (dir.): *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Edit. Lex Nova, Valladolid, pp. 301-346.

-ROCA SASTRE, Ramón María / ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis (1985), *Derecho hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral, Tomo II*, Editorial Bosch, Barcelona.

-ROCA SASTRE, Ramón María / ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis (1995), *Derecho hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral, Tomo I*, Editorial Bosch, Barcelona.

-RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando (2000), *Antecedentes de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Los sucesivos Anteproyectos de Ley*, en NIETO CAROL, Ubaldo (dir.): *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Editorial Lex Nova, Valladolid, pp.75-107.

- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz (2008), “Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma de mercado hipotecario”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 707, pp. 1245-1274.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula (2011), “La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, nº 4, pp. 1685-1723.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Eduardo (2017), “*In claris non fit interpretation*: una rápida reflexión de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (cláusulas abusivas)”, *Diario La Ley*, nº 8900.
- SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier (2014), *Curso de derecho civil III, Derechos reales y registral inmobiliario*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SANCHEZ CALERO, Francisco Javier / SÁNCHEZ-CALERO ARRIBA, Blanca (2015), *Manual de derecho inmobiliario registral*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos (2013), “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11”, *Diario La ley*, nº 8081.
- SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos / ORDUÑA MORENO, Francisco Javier / GUILLÉN CATALÁN, Raquel (2016), *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe (1891), *Estudios de Derecho Civil, Tomo III, 2ª Edición, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid*.
- SANTAELLA ALONSO, Manuel (2013), “La problemática de la modificación sobrevenida del título ejecutivo en los procedimientos de ejecución forzosa”, *Diario La Ley*, Nº 8118.
- SIMÓN MORENO, Héctor (2014), “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vivienda en relación al Derecho español”,

Revista Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico, nº 16, pp. 162-186.

-SIMÓN MORENO, Héctor (2005), *La armonización de los derechos reales en Europa*, Tesis Doctoral, Universidad Rovira I Virgili, Tarragona.

-TAPIA HERMIDA, Alberto José (2008), “Instituciones financieras para la mejora del mercado inmobiliario: los fondos de titulización (en particular, los fondos de titulización hipotecaria) y las instituciones de inversión colectiva inmobiliarias (en particular, los fondos de inversión inmobiliaria)”, *Revista de Derecho del mercado de valores*, nº 3, pp. 1-17.

-TÀSIES, Ricard (2016), “Retroactividad de las cláusulas suelo. Doctrina del Supremo y Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016”, *Diario La Ley*, nº 8887.

-TENA ARREGUI, Rodrigo (2008), “Hacia un nuevo derecho hipotecario”, en PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio (coord.): *Estudios sobre la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario*, Academia sevillana del notariado, Consejo General del Notariado, Madrid.

-TOURIÑÁN MORANDEIRA, María Teresa (2014), “La hipoteca en Europa desde una perspectiva formal. Fase estática o de constitución y fase dinámica o de ejecución. La hipoteca en USA”, en SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada y OLMEDO CARDENETE, Miguel (coord.), *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 341-386.

-VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel (2011), “La hipoteca del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, denominada flotante o global”, *Cuadernos del seminario Carlos Hernández Crespo*,

<http://www.registradoresdemadrid.org/revista/29/Comentarios/LA-HIPOTECA-DEL-ARTICULO-153-BIS-DE-LA-LEY-HIPOTECARIA-DENOMINADA-FLOTANTE-O-GLOBAL-Por-Angel-Valero-Fernandez-Reyes.aspx>

- VALLE MUÑOZ, José Luis (2014), “¿Qué hay de malo en nuestra hipoteca?”, *Revista Teoría y Derecho*, nº 16, pp. 98-115.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (2005), “Publicidad registral, seguridad del mercado y Estado social”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 58, nº 4, pp. 1509-1574.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía (2016), *Derecho civil patrimonial I*, en INFANTE RUIZ, Francisco / LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura (coord.): *Manual de Derecho Civil Patrimonial I*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia.
- VICENT CHULIÁ, Francisco (2000): “Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial”, en NIETO CAROL, Ubaldo (dir.): *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Edit. Lex Nova, Valladolid, pp. 381-434
- VICENT CHIULIÁ, Francisco (2005), “Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias”, en CUÑAT EDO, Vicente (dir.), *Protección de particulares frente a malas prácticas bancarias*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, pp. 61-146.
- VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, Miguel (2014), “Normas de transparencia en la contratación bancaria de préstamos y créditos”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, extraordinario 1, pp. 17-64.
- WESTERMANN, H. y vv.aa. (1998), *Derechos Reales, Volumen II*, 7ª Editorial Fundación Cultural del Notariado, Madrid. Traducido por CAÑIZARES LASO, Ana, et alt.
- ZUMAQUERO GIL, Laura (2016), “Tratamiento registral de las cláusulas de vencimiento anticipado en la hipoteca”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 745, pp. 827-860.
- ZURITA MARTÍN, Isabel (2015), “*Possession, sale y foreclosuere* v. ejecución hipotecaria. Los derechos del acreedor hipotecario en el Derecho inglés y la protección de los deudores en tiempos de crisis”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 751, pp. 2735-2798.

RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- AUTO 113/2011 de 19 de julio (BOE 17 de agosto de 2011).
- STC 41/81 de 18 de diciembre (ROJ: STC 41/1981)
- STC 148/1988 de 14 de julio (ROJ: STC 148/1988)
- STC 8/91 de 17 de enero (ROJ: STC 8/1991)
- STC 6/92 de 16 de enero (ROJ: STC 6/1992)
- STC 14/92 de 10 de febrero (BOE 3 de marzo de 1992)
- STC 217/93 de 30 de junio (ROJ: STC 217/1993)
- STC 296/93 de 18 de octubre (ROJ: 296/1993)
- STC 158/97 de 2 de octubre (ROJ: STC 158/1997)
- STC 207/99 de 11 de noviembre (BOE 16 de diciembre de 1999)
- STC 168/2001 de 16 de julio (ROJ: STC 168/2001)
- STC 29/03 de 13 de febrero (ROJ: STC 29/2003)
- STC 245/06 de 24 de julio (ROJ: STC 245/2006)
- STC 28/10 de 27 de abril (ROJ: STC 28/2010)
- STC 79/13 de 8 de abril (ROJ: STC 79/2013)
- STC 19/2015 de 13 de julio (ROJ: STC 19/2015)
- STC 39/5 de 2 de marzo (BOE 9 de abril de 2015)
- STC 208/15 de 5 de octubre (ROJ: STC 208/2015)
- STC 49/16 de 14 de marzo (BOE 22 de abril de 2016)
- STC 148/16 de 19 de septiembre (BOE de 31 de octubre de 2016)

- STC 206/16 de 12 de diciembre (BOE 20 de enero de 2017)
- STC 207/16 de 12 de diciembre (BOE 20 de enero de 2017)
- STC 208/16 de 12 de diciembre (BOE 20 de enero de 2017)
- STC 209/16 de 12 de diciembre (BOE 20 de enero 2017)
- STC 213/16 de 15 de diciembre (BOE 20 de enero de 2017)
- STC 218/16 de 19 de diciembre (BOE 27 de enero de 2017)
- STC 221/16 de 19 de diciembre (BOE 27 de enero de 2017)
- STC 223/16 de 19 de diciembre (BOE 27 de enero de 2017)

TRIBUNAL SUPREMO

- Auto de 12 de abril de 2016 ECLI:ES:TS: 2016:2927A
- Auto de 8 de febrero de 2017, ROJ: ATS 271/2017.
- Auto de 22 de febrero de 2017, Rec. 2825/2014.
- STS Sala Tercera de 26 de enero de 1996, ROJ: STS 7713/1996.
- STS 33/1996 de 29 de enero, ROJ: STS 7951/1996.
- STS 20 de noviembre de 1996, ROJ: STS 6517/1996.
- STS 443/1998 de 4 de mayo, ROJ: STS 2806/1998.
- STS 402/1998 de 4 de mayo; ROJ: STS 2802/1998.
- STS 9 de julio de 1999, ROJ: STS 4946/1999.
- STS 30/2000 de 26 de enero de 2000, ROJ: STS 415/2000.
- STS 16 de julio de 2001, ROJ: STS 6201/2001.
- STS 28 de febrero de 2002, ROJ: STS 1431/2002.
- STS 21 de marzo de 2003, ROJ: STS 1968/2003.

-STS 1087/2003 de 20 de noviembre de 2003, ROJ: STS 7334/2003.

-STS 16 de febrero de 2006, RJ 2006\720.

-STS 475/2006 de 3 de mayo de 2006, ROJ: STS 2873/2006.

-STS 11 de septiembre de 2006, ROJ: STS 6597/2006.

-STS nº 1054/2007 de 17 de octubre de 2007, ROJ: 6164/2007.

-STS 1108/07 de 18 de octubre de 2007, ROJ: STS 6432/07.

-STS 24 de octubre de 2007, ROJ: STS 7163/2007.

-STS de 5 de mayo de 2008, ROJ: STS 2563/2008.

-STS Sala 3 de 20 de mayo de 2008, ROJ: STS 2176/2008.

-STS 1124/2008 de 12 de octubre de 2008, ROJ: STS 6858/2008.

-STS 1074/2008 de 14 de noviembre de 2008, ROJ: STS 5981/2008.

-STS 12 de diciembre de 2008, ROJ: STS 6858/2008.

-STS 792/2009 de 16 de diciembre, ROJ: 8466/2009.

-STS 75/2011 de 2 de marzo de 2011, ROJ: STS 1244/2011.

-STS 13 de mayo de 2011, ROJ: STS 2900/2011.

-STS 18 de junio de 2012, ROJ: STS 5966/2012.

-STS 241/13 de 9 de mayo de 2013, ROJ: STS 1916/2013.

-STS 13 de septiembre de 2013, ROJ: STS 5706/2013.

-STS 21 de noviembre de 2013, ROJ: STS 5634/2013.

-STS 463/14 de 28 de noviembre de 2014, ROJ: STS 4972/2014.

-STS 144/14 de 13 de marzo de 2014, ROJ: STS 1109/2014.

-STS 8 de septiembre de 2014, ROJ: STS 3903/2014.

-STS 462/14 de 24 de noviembre, ROJ: STS 4617/2014.

-STS 705/15 de 23 de diciembre de 2015, RJ 5618/2015

- STS 13 de enero de 2015, RJ 2015\267.
- STS 70/2015 de 11 de febrero, ROJ: STS 278/2015.
- STS 24 marzo de 2015, ROJ: STS 1279/2015.
- STS 25 de marzo de 2015, ROJ: STS 1280/2015.
- STS 10 de abril de 2015, ROJ: STS 2215/2015.
- STS 22 de abril de 2015, ROJ: STS 2401/2016.
- STS 29 de abril de 2015, ROJ: STS 2207/2015.
- STS 30 de abril de 2015, ROJ: STS 1923/2015.
- STS Sala Tercera de 7 de marzo de 2016, ROJ: STS 782/2016.
- STS 3 de junio de 2016, ROJ: STS 2401/2016.
- STS 368/16 de 3 de junio, ROJ: STS 2576/2016.
- STS de 3 de junio de 2016, ROJ: STS 2550/16.
- STS 483/16 de 14 de julio, ROJ: STS 34º2/16.
- STS 14 de julio de 2016, ROJ: STS 3412/2016.
- STS 20 de enero de 2017, ROJ: STS 124/2017.
- STS 18 de enero de 2017, ROJ: STS 123/2017.
- STS de 24 de febrero de 2017, ECLI: ES: TS: 2017: 477.
- STS 9 de marzo de 2017, ROJ: STS 788/2017.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

AUTOS

- Auto Sección 14 AP de Barcelona de 26 de julio de 2012 (ROJ: AAP B 5473/2012).
- Auto Sección 5 AP de Sevilla de 16 de octubre de 2012 (ROJ: AAP SE 2939/2012),
- Auto Sección 1 AP de Córdoba de 25 de febrero de 2014 (JUR 2014\175930).
- Auto Sección 5 de la AP de Palma de Mallorca de 21 de marzo de 2014 (ROJ: AAP IB 15/2014).
- Auto Sección 18 AP de Madrid de 19 de diciembre de 2014 (ROJ: AAP M 338/2014).
- Auto Sección 8 AP de Cádiz de 19 de diciembre de 2014 (ROJ: AAP CA 101/2014).
- Auto Sección 2 AP de Girona de 22 de diciembre de 2014 (ROJ: AAP GI 90/2014).
- Auto Sección 13 de la AP de Barcelona en auto de 30 de diciembre de 2014 (ROJ: AAP B 768/2014).
- Auto Sección 2 de la AP de Girona de 22 de febrero de 2016, (ROJ: AAP GI 124/2016)
- Auto Sección 5 AP de Málaga de 30 de junio de 2016 (ROJ: AA P MA 42/2016).
- Auto Sección 5 AP de Sevilla de 6 de julio de 2016 (ROJ: AAP SE 172/2016).
- Auto Sección 3 AP de Castellón de 27 de junio de 2016 (ROJ: AAP CS 146/2016).

- Auto Sección 3 AP de Castellón de 28 de julio de 2016 (ROJ: AAP CS 192/2016).
- Auto Sección 2 AP de Valencia de 28 de diciembre de 2016 (ROJ: AAP V 732/2016).
- Auto Sección 9 de la AP de Valencia de 19 de diciembre de 2016 (ROJ: AAP V 818/2016).
- Auto Sección 9 de la AP de Madrid, en resolución de 22 de diciembre de 2016 (ROJ: AAP M 1588/2016).
- Auto Sección 11 de la AP de Valencia de 23 de diciembre de 2016 (ROJ: AAP V 679/2016).
- Auto Sección 9 AP de Valencia de 28 de diciembre de 2016 (ROJ: AAP V 843/2016).
- Auto Sección 4 AP de Las Palmas de 25 de enero de 2017 (ROJ: AAP GC 1/2017).

SENTENCIAS

- Sentencia sección 5 de la AP de Cádiz de 17 de mayo de 2013 (ROJ: SAP CA 802/2013).
- Sentencia sección 3 de la AP de Córdoba de 13 de junio de 2013 (ROJ: SAP CO 985/2013).
- Sentencia sección 1 de la AP de Cáceres de 20 de junio de 2013 (ROJ: SAP CC 454/2013).
- Sentencia sección 28 de la AP de Madrid de 23 de julio de 2013 (ROJ: SAP M 13806/2013).
- Sentencia de la sección 3 de la AP de Granada de 18 de octubre de 2013 (ROJ: SAP GR 1388/2013).

- Sentencia de la sección 5 de la AP de Zaragoza de 8 de enero de 2014 (ROJ: SAP Z 1/2014).
- Sentencia de la sección 6 de la AP de Málaga de 12 de marzo de 2014 (ROJ: SAP MA 202/2014).
- Sentencia de la sección 8 de la AP de Alicante de 4 de junio de 2014 (ROJ: SAP A 1272/2014).
- Sentencia de la sección 1 de la AP de Jaén de 5 de junio de 2014 (ROJ: SAP J 667/2014).
- Sentencia de la Sección 4 de la AP de Barcelona de 12 de junio de 2014 (ROJ: SAP B 208/2014).
- Sentencia Sección 15 AP de Barcelona de 15 de diciembre de 2014 (ROJ SAP B 14543/2914).
- Sentencia Sección 5 AP de Sevilla de 30 de septiembre de 2016 (ROJ SAP2485/2015).
- Sentencia Sección 4 AP de Asturias de 3 de febrero de 2016 (SOR: SAP O 172/2016).
- Sentencia Sección 1 de la AP de Salamanca de 23 de febrero de 2016 (ROJ: SAP S 72/2016).
- Sentencia Sección 28 AP de Madrid de 4 de marzo de 2016 (ROJ: SAP M 7836/2016).
- Sentencia Sección 1 AP de Ávila de 11 de marzo de 2016 (ROJ: SAP AV 262/2016).
- Sentencia Sección 5 AP de Zaragoza de 4 de mayo de 2016 (ROJ: SAP Z 1030/2016).
- Sentencia Sección 8 AP de Alicante de 23 de junio de 2016 (ROJ: SAP A 1955/2016).

- Sentencia Sección 9 AP de Valencia de 18 de julio de 2016 (ROJ: SAP V 2812/2016).
- Sentencia Sección 9 AP de Valencia de 19 de julio de 2016(ROJ: SAP V 2956/2016).
- Sentencia Sección 5 AP de Barcelona de 20 de julio de 2016 (ROJ: SAP B 1227/2016).
- Sentencia Sección 11 AP de Madrid de 30 de septiembre de 2016 (ROJ: SAP M 12968/2016).
- Sentencia Sección 3 AP de Vizcaya de 19 de octubre de 2016 (ROJ: SAP BI 1894/2016).
- Sentencia Sección 15 de la AP de Barcelona de 23 de noviembre de 2016 (ROJ: SAP B 9286/2016).
- Sentencia Sección 5 AP de Sevilla de 29 de diciembre de 2016 (ROJ: SAP SE 2180/2016).
- Sentencia Sección 1 AP de Pontevedra de 14 de marzo de 2007 (ROJ: SAP PO 366/2007).

RDGRN

- Resolución 27 de julio 1999 (BOE 9 de septiembre 1999).
- Resolución 12 de septiembre de 2003 (BOE 10 octubre de 2003).
- Resolución 19 de abril de 2006 (BOE 30 de mayo de 2006).
- Resolución 14 de febrero de 2007 (BOE 1 de marzo de 2007).
- Resolución 20 de febrero de 2007 (BOE 5 de marzo de 2007).
- Resolución 28 de febrero de 2007 (BOE 13 de marzo de 2007).
- Resolución 21 de diciembre de 2007 (BOE 15 de enero de 2008).

- Resolución 24 de julio de 2008 (BOE 7 de agosto de 2008).
- Resolución 1 de octubre de 2010 (BOE 8 de noviembre de 2010).
- Resolución 4 de noviembre de 2010 (BOE 30 de diciembre de 2010).
- Resolución 21 de diciembre de 2010 (BOE 16 de febrero de 2011).
- Resolución 8 de junio de 2011 (BOE 1 de julio de 2011).
- Resolución 16 de agosto de 2011 (BOE 14 de octubre de 2011).
- Resolución 21 de febrero de 2013 (BOE 19 de marzo de 2013).
- Resolución 7 de marzo de 2013 (La Ley 43505/2013).
- Resolución 13 de septiembre de 2013 (BOE 1 de octubre de 2013).
- Resolución 5 de febrero de 2014 (BOE 27 de febrero de 2014).
- Resolución 20 de marzo de 2014 (La Ley 35263/2014).
- Resolución 10 de abril de 2014 (La Ley 51747/2014).
- Resolución 30 de junio de 2014 (BOE 29 de julio de 2014).
- Resolución 29 de septiembre de 2014 (BOE 27 de octubre de 2014).
- Resolución 14 de enero de 2015 (BOE 19 de febrero de 2015).
- Resolución 22 de enero de 2015 (BOE 24 de febrero de 2015).
- Resolución 21 de enero de 2015 (BOE 24 de febrero de 2015).
- Resolución 28 de abril de 2015 (BOE 1 de junio de 2015).
- Resolución 22 de julio de 2015 (BOE 24 de septiembre de 2015).
- Resolución 25 de septiembre de 2015 (BOE 14 de octubre de 2015).
- Resolución 8 de octubre de 2015 (BOE 29 de octubre de 2015).
- Resolución 10 diciembre de 2015 (BOE 28 de diciembre de 2015).
- Resolución de 16 de julio de 2016 (BOE 20 de septiembre de 2016).
- Resolución de 22 de septiembre de 2016 (BOE de 14 de octubre de 2016)

-Resolución de 19 de octubre de 2016 (BOE 11 de noviembre de 2016).

TJUE

-Auto del TJUE de 14 de noviembre de 2013, asuntos acumulados C-537/12 y C-116/13

-Auto de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13.

-Auto 16 de julio de 2015, asunto C-539/14.

-Auto de 19 de noviembre de 2015, asunto C-74/2015.

-Auto de 17 de marzo de 2016, asunto C-613/15.

-STJUE de 27 de junio de 2000, asuntos C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98.

-STJUE de 10 de mayo de 2001, asunto C-144/99.

-STJUE de 21 de noviembre de 2002, asunto C-573/00.

-STJUE de 26 de octubre de 2006, Asunto C-168/05.

-STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08.

-STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08.

-STJUE de 9 de noviembre de 2010, asunto C-137/08.

-STJUE de 15 de marzo de 2012, asunto C- 453/10.

-STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10.

-STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11.

-STJUE 14 de marzo de 2013 asunto C- 415/11.

-STJUE 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11.

-STJUE 30 de abril de 2014, asunto C-26/13.

- SJUE 17 de julio de 2014, asunto C-169/14.
- STJUE 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13.
- STJUE 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13.
- STJUE 23 de abril de 2015, asunto C-96/14.
- STJUE 1 de octubre de 2015, asunto C-32/14.
- STJUE 29 de octubre de 2015, asunto C-8/14.
- STJUE de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14.
- STJUE 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.
- STJUE 26 de enero de 2017, asunto C-421/14.